Onderzoekcentrum Onderneming & Recht

Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeidsrechtelijke positie van hun werknemers

KENMERK WODC: 2599/624436/15

5 april 2016

Radboud Universiteit

ONDERNEMINGEN IN FINANCIËLE MOEILIJKHEDEN EN DE ARBEIDSRECHTELIJKE POSITIE VAN HUN WERKNEMERS

KENMERK WODC: 2599/624436/15

Rapport aan het WODC uitgebracht door

Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit

Onderzoekcentrum Onderneming & Recht
Radboud Universiteit
Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Postbus 9049
6500 KK Nijmegen

Onderzoeksteam:

Prof. mr. L.G. Verburg
Prof. mr. P.M. Veder
Mr. A.G.J.J. Jansen
Mw. mr. A.M. Mennens
Mw. mr. A.W. Niebeek
Mr. S.C. Pepels
Mr. F.M.R. Van Wersch

Onderzoekcentrum Onderneming & Recht

INHOUD

SAMENVATTING 1

1. Aanleiding voor het onderzoek, probleemstelling en methode **9**
1.1 Aanleiding en positionering van het onderzoek 9
1.2 Probleemstelling en onderzoeksvragen 11
1.3 Onderzoeksmethodologie en afbakening 12
1.3.1 Selectie cases 13
1.3.2 Gebruikte bronnen casestudies 14
1.3.3 De interviews 15
1.3.4 Het beschrijven en anonimiseren van de cases 16
1.3.5 Antwoorden onderzoeksvraag 8 in de interviews 17
1.3.6 De expertmeeting 17
1.4 Opbouw rapport 18
1.5 Enige gehanteerde begrippen 19

2. Oorzaken van de financiële moeilijkheden en de rol van de factor arbeid **26**
2.1 Inleiding 26
2.2 Oorzaken van de financiële problemen van de onderzochte ondernemingen en de rol van de arbeidsrechtelijke positie van werknemers 26
2.3 Conclusie 28

3. De zoektocht naar oplossingen en de invloed van de arbeidsrechtelijke positie van Werknemers **29**
3.1 Inleiding 29
3.2 Factoren die in de praktijk een rol spelen bij de beoordeling van de mogelijke oplossingen voor financiële moeilijkheden 29
3.3 De invloed van de arbeidsrechtelijke positie van werknemers op de wijze waarop financiële moeilijkheden worden aangepakt 30
3.3.1 Inleiding 30
3.3.2 Informele reorganisaties 30
3.3.2.1 Overzicht cases en gevolgen voor werknemers 30
3.3.2.2 Knelpunten 31
3.3.2.3 Overleg met ondernemingsraad en bonden 32
3.3.3 Formele reorganisaties 33
3.3.3.1 Overzicht cases en gevolgen voor werknemers 33
3.3.3.2 Faillissement of niet? 35
3.3.3.3 Wel of geen pre-pack? 36
3.3.3.4 De rol van de vakbonden en de ondernemingsraad 37
3.3.3.5 Selectie en arbeidsvoorwaarden van overgenomen werknemers 38
3.4 Conclusie 39

4. Opvattingen omtrent wijzigingen in de arbeidsrechtelijke positie van werknemers die de reorganisatie van ondernemingen in financiële moeilijkheden zouden kunnen bevorderen **45**
4.1 Inleiding 45
4.2 Informele reorganisaties 46
4.2.1. Het afspiegelingsbeginsel 46
4.2.2 Versobering van arbeidsvoorwaarden en WCO II 47
4.2.3 De rol van de vakbonden en de ondernemingsraad 48
4.3 Formele reorganisaties: de (voorbereide) doorstart uit faillissement 48
4.3.1 De inrichting van de pre-pack procedure 48
4.3.2 De taak van en eisen aan de deskundigheid van de (beoogd) curator en (beoogd) rechter-commissaris 49
4.3.3 De selectie van werknemers bij een doorstart uit faillissement 50
4.3.4 De rol van de vakbonden en de ondernemingsraad bij formele reorganisaties 53
4.4 De invloed van de Wwz 58
4.4.1 Opvolgend werkgeverschap en de ketenregeling 58
4.4.2 De transitievergoeding 60
4.5 Conclusie 60

5. De expertmeeting aangaande het onderhavige onderzoek, gehouden te Nijmegen op 25 september 2015 **66**
5.1 Inleiding 66
5.2 Thema 1: Oorzaak moeilijkheden en risico misbruik faillissement 68
5.3 Thema 2: Tijd/kosten/risico´s van het informele traject 72
5.4 Thema 3: Arbeidsrechtelijke bescherming in faillissement 78
5.5 Thema 4: Medezeggenschap 83
5.6 Conclusie 87

6. Conclusies **90**

Summary **100**

Bijlage 1 Onderzoeksteam en begeleidingscommissie 107

Bijlage 2 Lijst van deelnemers aan de expertmeeting 108

Bijlage 3 Casestudies 109

Bijlage 4 Citaten uit de interviews 174

Bijlage 5 De gehanteerde topiclists 216

SAMENVATTING

In opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) van het Ministerie van Veiligheid en Justitie heeft het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit te Nijmegen een empirisch onderzoek uitgevoerd met als probleemstelling: 'Welke zijn de consequenties van de arbeidsrechtelijke positie van werknemers voor de (on)mogelijkheden om de problematische financiële situaties van ondernemingen op te lossen en voor het vervolg van de onderneming?'

Het onderzoek is gericht op het in kaart brengen van de gang van zaken in de praktijk met het doel inzicht te verschaffen in de rol die de arbeidsrechtelijke positie van werknemers in de praktijk speelt bij de wijze waarop wordt geprobeerd financieel noodlijdende ondernemingen te reorganiseren en de gevolgen die het gekozen traject heeft (gehad) voor de betrokkenen. Het onderzoek heeft aldus een exploratief en inventariserend karakter. Het onderzoek is er niet op gericht om op systematische wijze de onderzochte zaken met elkaar te vergelijken.

Het onderzoek bestaat vooral uit een onderzoek naar en een analyse van 26 recente cases waarin ondernemingen al dan niet na een faillissement zijn gereorganiseerd.

Om de geselecteerde cases te onderzoeken is gebruik gemaakt van diverse schriftelijke bronnen. Voorts zijn in totaal 94 interviews gehouden met bij de geselecteerde cases betrokken personen, in het bijzonder betrokken curatoren en bewindvoerders, adviseurs van de betreffende vennootschappen, banken, vakbonden, ondernemingsraden en het (voormalig) management.

Teneinde de probleemstelling te kunnen beantwoorden zijn acht deelvragen geformuleerd. De vragen strekken ertoe inzicht te krijgen in de rol die de arbeidsrechtelijke positie van werknemers heeft gespeeld bij de financiële problemen van de schuldenaren en de daarvoor gezochte oplossingen in de onderzochte gevallen. De eerste zeven vragen hebben voor een belangrijk deel betrekking op de inventarisatie en analyse van de feitelijke situatie in de onderzochte cases en worden behandeld in de hoofdstukken 2 en 3. De rol van de factor arbeid bij het ontstaan van de financiële problemen van de onderneming komt aan de orde in hoofdstuk 2. Vervolgens gaat hoofdstuk 3 in op de rol van de factor arbeid bij de wijze waarop de onderneming de financiële problemen oplost. In dit hoofdstuk wordt stilgestaan bij de uitkomsten van het onderzoek met betrekking tot de wijze waarop de onderzochte ondernemingen een oplossing hebben gezocht voor de problematische financiële situatie waarin zij verkeerden, welke factoren daar een rol bij hebben gespeeld en in het bijzonder de invloed van de arbeidsrechtelijke positie van werknemers op de gemaakte afwegingen. Hoofdstuk 4 abstraheert van de onderzochte cases en concentreert zich op de vraag op welke wijze veranderingen in de arbeidsrechtelijke positie van werknemers naar verwachting kunnen bijdragen aan het reorganiserend vermogen van ondernemingen.

Het onderzoek bleef niet beperkt tot de 26 cases. Tijdens een op 25 september 2015 te Nijmegen gehouden expertmeeting zijn de (eerste) resultaten van het onderzoek en de daaraan mogelijk te verbinden consequenties voor de eventuele voorbereiding van nieuwe wetgeving met deskundigen besproken. Hoofdstuk 5 doet verslag van deze expertmeeting.

Uit het onderzoek komt naar voren dat de financiële problemen van de onderzochte ondernemingen zelden zijn toe te rekenen aan één oorzaak. Veelal is sprake van een samenstel van factoren dat heeft geleid tot de problematische financiële situatie van de onderneming. In de onderzochte cases was de arbeidsrechtelijke positie van werknemers slechts in twee gevallen de belangrijkste reden voor de problematische financiële situatie van de onderzochte ondernemingen. In de overige cases is niet gebleken dat de arbeidsrechtelijke positie van werknemers de enige of de doorslaggevende factor was voor de problematische financiële situatie van de betrokken ondernemingen. De belangrijkste oorzaken voor de financiële problemen die uit het onderzoek naar voren kwamen, zijn:

- Een teruglopende omzet als gevolg van vraaguitval in de markt
- Een business model dat niet (meer) aansluit bij de ontwikkelingen in de markt
- Een problematische schuldenlast
- Een verkeerd uitgepakte investeringsbeslissing
- Te hoge huisvestingslasten
- Betalingsproblemen bij relaties
- Een problematische relatie met de financier(s)
- Een inefficiënte organisatie- en productiestructuur
- Een problematische financieringsstructuur
- De kredietverzekeraars voeren beperkingen door in de dekking
- De loonkosten van het personeel

In het onderzoek zijn enkele knelpunten gesignaleerd ten aanzien van de mogelijkheid om – buiten een insolventieprocedure om – het personeelsbestand of de personeelslasten aan te passen aan de gewijzigde omstandigheden. Uit het onderzoek komt naar voren dat in sommige cases de regels omtrent het ontslag van werknemers een belemmerende factor vorm(d)en voor het doorvoeren van een passende en effectieve personele reorganisatie. Daarbij kan worden gewezen op de kosten en de tijd die in sommige gevallen met ontslagprocedures zijn gemoeid. Ook het afspiegelingsbeginsel is genoemd als een obstakel voor het tot stand brengen van een effectieve reorganisatie. Voorts blijkt het problematisch om een – in het licht van de financiële situatie van de onderneming noodzakelijke – versobering van de arbeidsvoorwaarden, zoals het brengen van een (tijdelijk) loonoffer, tot stand te brengen.

Twaalf van de door ons onderzochte cases betroffen reorganisaties zonder een insolventieprocedure (de ‘informele reorganisatie’). Acht van deze informele reorganisaties zijn (naar het moment van de afsluitdatum van het onderzoek van 16 december 2015) succesvol: de betreffende ondernemingen schrijven weer ‘zwarte’ cijfers, verwachten dat binnenkort te gaan doen, of zien in ieder geval weer verbeteringen in het resultaat. Dat wil

echter niet zeggen dat er geen knelpunten zijn geconstateerd in het doorlopen reorganisatieproces. In vier gevallen dreigt toch een faillissement of is dat al gevolgd.

Veertien van de door ons onderzochte ondernemingen zijn gesaneerd door middel van een insolventieprocedure (de 'formele reorganisatie'). Op één uitzondering na heeft sanering plaatsgevonden door middel van een doorstart vanuit faillissement. In zeven van de onderzochte cases vond een doorstart van (delen van) de onderneming plaats na een voorbereidingsperiode onder begeleiding van een beoogd curator en rechter-commissaris ('pre-pack'). In zes van de onderzochte cases was sprake van een doorstart zonder pre-pack. In drie cases volgde het faillissement op een korte periode van surseance van betaling.

Uit het onderzoek komt naar voren dat in de onderzochte cases een aanzienlijk deel van de werkgelegenheid behouden is gebleven na een doorstart uit faillissement, zowel in het geval van een doorstart met pre-pack als zonder pre-pack. In de cases waarbij slechts een gering percentage van de werknemers door de doorstartende partij is overgenomen, was sprake van een veranderd business model dat minder werknemers vereiste of had – volgens betrokkenen – meer werkgelegenheid behouden kunnen blijven indien de doorstart goed en tijdig was voorbereid.

In de overgrote meerderheid van de cases was de arbeidsrechtelijke positie van werknemers in het geheel niet van invloed op het specifieke vervolg, omdat de problematische financiële situatie werd veroorzaakt door geheel andere factoren dan de loonkosten, of slechts één van de factoren was waarvoor een oplossing moest worden gezocht. In het laatste geval spelen bij de beantwoording van de vraag of een informele reorganisatie haalbaar is, verschillende factoren een rol. De financiële problemen van de onderzochte ondernemingen zijn zelden toe te rekenen aan één oorzaak. Veelal is sprake van een samenstel van factoren dat heeft geleid tot de problematische financiële situatie van de onderneming. In veel gevallen dient, naast een operationele reorganisatie en het afstoten van onrendabele en/of niet tot de core-business behorende onderdelen van de onderneming, een reductie van lasten plaats te vinden over de gehele linie, in het bijzonder personeels-, financierings- en huisvestingslasten, om de problematische financiële situatie het hoofd te bieden. Naar huidig recht vereist het bereiken van een dergelijke 'totaaloplossing' evenwel de instemming van alle betrokkenen, hetgeen niet steeds eenvoudig of haalbaar blijkt. Voor wat betreft het tot stand brengen van een informele reorganisatie, is ook van belang in hoeverre de in dit onderzoek geconstateerde knelpunten kunnen worden opgelost. Bovendien moet er financiering kunnen worden gevonden. Als financiers of aandeelhouders niet langer bereid zijn de verliezen op te vangen, is een faillissement onvermijdelijk.

Uit de interviews komt duidelijk naar voren dat een faillissement (al dan niet voorbereid onder begeleiding van een beoogd curator en rechter-commissaris) door betrokkenen veelal als onwenselijk wordt bestempeld. Betrokkenen geven aan een faillissement liever te vermijden en ook bereid te zijn daar veel voor te doen. Een voorbereide doorstart van (delen van) de onderneming uit faillissement, wordt door de meeste geïnterviewden niet gezien als een keuze die lichtvaardig wordt gemaakt. Het nut van de stille voorbereidingsfase bij het bereiken van een doorstart en daarmee het behoud van werkgelegenheid werd tijdens de interviews onderstreept. In geen van de onderzochte gevallen is gebleken dat het faillissement

is aangevraagd met het oog op enkel een sanering van (een deel van) het personeelsbestand. Dat misbruik van faillissementsrecht weinig voorkomt, strookt met de opvatting van de geraadpleegde experts (en voorts met de omtrent misbruik van faillissementsrecht gepubliceerde rechtspraak en de resultaten van eerder onderzoek van het HSI uit 2005).

Ten aanzien van de mate waarin de ondernemingsraad en de bonden in het proces worden betrokken, is een duidelijk onderscheid zichtbaar tussen de informele reorganisaties en de formele reorganisaties.

In de onderzochte informele reorganisaties is, waar een ondernemingsraad was ingesteld en vakbonden een rol speelden, steeds gezocht naar overleg. Het moment en de wijze waarop dat overleg plaatsvond, verschilt evenwel. Ook in de onderzochte gevallen waarin geen sprake was van een ondernemingsraad is het personeel op enig moment bij de reorganisatieplannen betrokken.

In de meeste van de onderzochte gevallen waarin een reorganisatie plaatsvond uit een faillissement zijn, voor zover ingesteld en betrokken, de ondernemingsraad en de vakbonden pas geïnformeerd direct voordat of nadat het verzoek tot faillietverklaring was ingediend of het faillissement was uitgesproken. Van medezeggenschap ten aanzien van de besluitvorming omtrent de faillissementsaanvraag (en de voorbereiding van een doorstart) lijkt in geen van de onderzochte cases sprake te zijn geweest. In de meeste van de onderzochte gevallen gold dit ook voor een tijdens faillissement uitonderhandelde doorstart.

Hieronder geven wij een overzicht van de uit het onderzoek naar voren gekomen voor- en nadelen van informele reorganisaties aan de ene kant en formele reorganisaties aan de andere kant. Wij richten ons hierbij op het werkgevers- en het werknemersperspectief.

	Werkgeversperspectief[1]	**Werknemersperspectief**[2]
Informele reorganisaties		
Voordelen	- behoud van (controle over) de onderneming - behoud van controle over het reorganisatieproces - beperking reputatieschade (naar markt en personeel) - beperking overige desintegratieschade - behoud continuïteit van de dienstverlening binnen dezelfde rechtspersoon - kans om verliezen goed te maken	- behoud aanzienlijk deel werkgelegenheid - objectieve selectiecriteria - verschuldigdheid afvloeiingsvergoedingen - toetsing vooraf van noodzaak tot reorganiseren - feitelijke medezeggenschap - sterke bescherming niveau arbeidsvoorwaarden

[1] Hieronder begrijpen wij zowel de bestaande werkgever (en de aandeelhouders) als de eventuele doorstarter.
[2] Hieronder begrijpen de werknemers, alsmede de ondernemingsraden en de vakbonden.

Nadelen	- noodzaak tot financiering verliezen - zeer beperkte vrijheid bij selectie personeel - verschuldigdheid afvloeiingsvergoedingen - duur en kosten UWV procedure - oplossing financiële problemen vereist instemming van alle betrokkenen - (tijdelijk) loonoffer of aanpassing in andere arbeidsvoorwaarden in beginsel alleen mogelijk met individuele instemming werknemers	- afspiegelingsbeginsel houdt geen rekening met functioneren van individuele werknemers (goed functionerende werknemers kunnen hun baan verliezen) - baanbehoud door middel van (tijdelijk) loonoffer of aanpassing in andere arbeidsvoorwaarden in beginsel alleen mogelijk met individuele instemming werknemers - WW risico voor werknemers bij (tijdelijk) loonoffer

Formele reorganisaties

Voordelen	- vrije selectie over te nemen personeel - mogelijkheid tot aanpassing arbeidsvoorwaarden - geen ontslagbescherming - geen verschuldigdheid afvloeiingsvergoeding in faillissement (en onder WWZ evenmin in surseance)	- behoud aanzienlijk deel werkgelegenheid bij (voorbereide) doorstart
Nadelen	- verlies van controle over de onderneming - verlies van controle over het reorganisatieproces - desintegratieschade - reputatieschade	- in de praktijk zeer beperkte medezeggenschap - geen objectieve selectiecriteria (geen toepassing afspiegelingsbeginsel) - geen ontslagbescherming - geen afvloeiingsvergoeding

In de onderzochte cases zou een andere arbeidsrechtelijke positie van werknemers waarschijnlijk niet tot een ander reorganisatietraject hebben geleid (informele reorganisatie versus formele reorganisatie). In geen van de onderzochte cases was het faillissement aangevraagd met het enkele doel om een personele reorganisatie door te voeren. Wel kan worden opgemerkt dat een andere arbeidsrechtelijke positie van werknemers invloed zou kunnen hebben op de uitkomsten voor individuele werknemers in concrete gevallen. Tijdens het onderzoek is bijvoorbeeld opgemerkt dat de mogelijkheid van een (tijdelijk) loonoffer had kunnen bijdragen aan het voorkomen van verlies van werkgelegenheid. Ook de selectie van

personeel bij een doorstart uit faillissement of in een informele reorganisatie hangt af van de daarvoor geldende criteria.

Wij beluisterden in de interviews en tijdens de expertmeeting een breed palet aan antwoorden op de los van de onderzochte cases staande vraag op welke wijze veranderingen in de arbeidsrechtelijke positie van werknemers naar verwachting kunnen bijdragen aan het reorganiserend vermogen van ondernemingen. Wij vatten deze antwoorden als volgt samen.

Uit het onderzoek komt naar voren dat het adresseren van de ten aanzien van informele reorganisaties gesignaleerde knelpunten (duur ontslagprocedure, met het ontslag samenhangende kosten, afspiegelingsbeginsel, mogelijkheden tot (tijdelijk) loonoffer) een bijdrage zou kunnen leveren aan de mogelijkheden om een onderneming buiten een insolventieprocedure te reorganiseren. Het bereiken van een gezond evenwicht tussen de belangen van de onderneming en de daarmee in de toekomst verbonden werkgelegenheid en de belangen van het personeel dat afvloeit, is daarbij uiteraard van groot belang. Door geïnterviewden is in dit verband wel opgemerkt dat er mogelijkheden zouden moeten zijn voor maatwerk, bijvoorbeeld als het gaat om de toepassing van het afspiegelingsbeginsel. De heersende opvatting ging er wel van uit dat een objectieve benadering van de selectie gewaarborgd moet zijn. Rechtstreeks toepasbare alternatieven voor het afspiegelingsbeginsel hebben de interviews niet opgeleverd.

Bij de formele reorganisaties werd van verschillende kanten in de interviews en ook tijdens de expertmeeting benadrukt dat men moet oppassen de doorstarter, en dan vooral de niet gelieerde doorstarter, te belasten met een selectie op basis van het afspiegelingsbeginsel. De geïnterviewde vakbondsbestuurders wilden het afspiegelingsbeginsel van toepassing laten zijn bij een doorstart uit faillissement, maar stonden in deze opvatting alleen. Het onderzoek toont bij formele reorganisaties zowel bij de geïnterviewden als bij de geraadpleegde experts draagvlak voor een geobjectiveerde aanpak van de selectie van in de doorstart mee te nemen werknemers.

De selectie van het personeel dat na een doorstart uit faillissement een arbeidsovereenkomst krijgt aangeboden en de vaststelling van de daarbij behorende arbeidsvoorwaarden is thans in handen van de doorstarter. De selectiecriteria die door de overnemende partijen worden toegepast, liggen niet vast en wisselen van geval tot geval. Ook de wijze waarop de selectie plaatsvindt varieert. Bovendien heeft de curator daar betrekkelijk weinig zicht op. De criteria die gehanteerd worden, kunnen betrekkelijk willekeurig zijn. Onduidelijkheid over de gehanteerde selectiecriteria heeft in enkele gevallen tot onbegrip en onrust geleid bij het personeel van de gefailleerde onderneming. In enkele gevallen is de aard van de arbeidsovereenkomst (vast of tijdelijk) van het overgenomen personeel aangepast of heeft een wijziging plaatsgevonden in de arbeidsvoorwaarden, terwijl in andere gevallen (nagenoeg) geen wijzigingen zijn opgetreden. Wel bleek dat bij curatoren uitgangspunt is dat de bieder moet aangeven hoeveel werknemers hij bereid is over te nemen.

De experts bespraken richtlijnen voor de selectie van werknemers bij een doorstart uit faillissement. Een aantal uitgangspunten werd genoemd. Er zou een relatie moeten zijn tussen het werk dat na de doorstart gedaan moet worden en de werknemers die in het oude bedrijf

hebben gewerkt. Iemand die geschikt zou zijn om het werk te doen maar kort tevoren kortlopend ziek is geweest, behoort in aanmerking te komen voor een plaats in het nieuwe bedrijf. Langdurige arbeidsongeschiktheid zou wel een redelijk beletsel zijn. Er zou ruimte moeten zijn voor raadpleging van de werknemersvertegenwoordigers die normaal ook bij reorganisaties betrokken zijn (de vakbonden en/of de ondernemingsraad). Er werd gesuggereerd dat wanneer men na een korte periode meedenken niet tot een vergelijk komt over de te hanteren selectiecriteria, de rechter-commissaris de knoop moet doorhakken. Een toetsing op basis van een business plan werd genoemd als een reële mogelijkheid.

Voorts werd in de expertmeeting de suggestie gedaan het UWV als toetsende instantie bij ontslagen om bedrijfseconomische redenen in surseance te vervangen door de rechter-commissaris, mits ook hier sprake zou zijn van een met voldoende waarborgen omklede procedure. Daarbij zou een medezeggenschapsbevoegdheid voor de vakbonden en ondernemingsraad kunnen zijn weggelegd.

Wij proefden in enige interviews en bij de experts een zeker draagvlak voor de gedachte de werknemers als aparte klasse mee te nemen in de regeling van het dwangakkoord als voorzien in WCO II, mits een en ander met voldoende waarborgen zou worden omkleed. Bij deze waarborgen dachten de experts aan een toetsing door de rechter op economische noodzaak, een plicht de vakbonden en de ondernemingsraad tevoren te horen en slechts gelding voor het collectief van de werknemers van de onderneming bij aanvaarding van het voorstel door een gekwalificeerde meerderheid van het personeel zelf. In de interviews viel weinig draagvlak te bespeuren voor een voorstel tot acceptatie van een structureel loonoffer. Bij een tijdelijk loonoffer zou deze ruimte, zo lijkt het, groter kunnen zijn. In ieder geval zouden er voldoende waarborgen in de procedure moeten worden ingebouwd en zou moeten worden gekeken naar de invloed van een dergelijk tijdelijk loonoffer op WW-aanspraken.

De interviews leverden geen nieuwe gezichtspunten op ten aanzien van de aard en omvang van de bestaande regelgeving betreffende informele reorganisaties in relatie tot de raadpleging van vakbonden en de adviesbevoegdheden van de ondernemingsraad. De regelgeving omtrent de medezeggenschap bij informele reorganisaties is blijkbaar genoegzaam bekend en levert geen bijzondere pijnpunten op.

Uit de interviews blijkt dat het thema van de geheimhouding van vertrouwelijke informatie omtrent formele reorganisaties door de meeste geïnterviewden als problematisch wordt ervaren. De regels schrijven jegens de vakbonden raadpleging (WMCO, Fusiegedragsregels) en jegens de ondernemingsraden een adviesrecht (WOR) voor, maar deze regels worden bij formele reorganisaties overtreden. Het niet informeren van vooral de vakbonden wordt met name veroorzaakt door de vrees voor het door de vakbonden niet geheimhouden van vertrouwelijke informatie waarvan het naar buiten komen de kans van slagen van de reorganisatie zou bedreigen. De geïnterviewden van de zijde van de vakbonden gaven ook zelf aan geheimhouding als een dilemma te ervaren en in een aantal gevallen niet of slechts voor korte tijd in staat te zijn vertrouwelijke informatie voor zich te houden.

In een aantal interviews kwam naar voren dat de kennis van bestaande medezeggenschaps-rechten (bevoegdheden en verplichtingen) bij ondernemingen, curatoren, ondernemingsraden en vakbondsbestuurders niet altijd op niveau is.

Een grote meerderheid van de geïnterviewden wees op het belang van zorgvuldigheid in het biedingsproces bij een doorstart uit faillissement. Een zorgvuldig vorm gegeven biedingsproces werpt een barricade op tegen misbruik van een voorbereide doorstart en draagt bij aan een objectivering van de gang van zaken en kan een gunstige invloed hebben op de mate waarin werknemers (en andere stakeholders) in een bepaald geval de gang van zaken aanvaarden.

Veel geïnterviewden stonden positief tegenover een pre-pack, mits de procedure met voldoende waarborgen is omkleed. De suggestie de verplichting op te nemen dat bij een pre-pack de rechter-commissaris de vakbonden en de ondernemingsraad voorafgaand aan de goedkeuring van een doorstart hoort, kon bij de experts op draagvlak rekenen. Het zorg dragen voor het kunnen inwinnen van informatie van andere stakeholders met andere invalshoeken, werd door hen zinvol geacht.

Uit de suggesties betreffende de inrichting van de procedure rond een (voorbereide) doorstart uit faillissement vloeit voort dat de (beoogd) curator en (beoogd) rechter-commissaris een businessplan en te hanteren selectiecriteria van personeel moeten kunnen beoordelen.

De geïnterviewden waren evenals de experts over het algemeen kritisch over de regeling in de Wwz van het opvolgend werkgeverschap in combinatie met de ketenregeling en de transitievergoeding. Sommigen verwachtten minder doorstarts door niet gelieerde partijen en een paar geïnterviewden dachten aan de mogelijkheid dat dergelijke doorstarters eerder geneigd zullen zijn minder personeel mee te nemen en/of nieuw personeel van elders aan te trekken.

Diverse geïnterviewden wezen op de omstandigheid dat ondernemingen die in financiële moeilijkheden zijn geraakt, in veel gevallen in een (te) laat stadium inzetten op een reorganisatie. Bij een laat ‘aan de bel trekken’ zal vaker sprake zijn van een situatie waarin geen financiering meer kan worden gevonden voor het betalen van een transitievergoeding. Bij surseance en faillissement is deze transitievergoeding niet langer verschuldigd. De regeling van de transitievergoeding in de Wwz duwt de onderneming die een personele reorganisatie moet doorvoeren aldus onder omstandigheden in de richting van een surseance of faillissement.

1. Aanleiding voor het onderzoek, probleemstelling en methode

1.1 Aanleiding en positionering van het onderzoek

In november 2012 kondigde de minister van Veiligheid en Justitie in een brief aan de Tweede Kamer het wetgevingsprogramma 'Herijking van het Faillissementsrecht' aan, bestaande uit drie 'pijlers' (TK 2012-2013, 29911 nr. 74, p. 1):
a) de bestrijding van faillissementsfraude,
b) de bevordering van het reorganiserend vermogen van bedrijven, en
c) de modernisering van de faillissementsprocedure.

De eerste pijler houdt verband met het voornemen van het kabinet zich sterk te maken voor een gezond ondernemingsklimaat. In dat kader geeft het kabinet de aanpak van faillissementsfraude een hoge prioriteit.

De tweede pijler is er volgens de wetgever in de eerste plaats op gericht faillissementen zoveel mogelijk te voorkomen. Binnen deze pijler wordt daarom gewerkt aan maatregelen om de reorganisatie, de herstructurering en de doorstart buiten faillissement te faciliteren. Omdat een faillissement niet altijd te vermijden is, zullen ook maatregelen worden getroffen om de afwikkeling van faillissementen te faciliteren en daar waar mogelijk de continuering van rendabele bedrijfsonderdelen na faillissement te bevorderen.[3]

De derde pijler betreft het wetsvoorstel voor modernisering van de faillissementsprocedure. De faillissementsprocedure wordt aangepast om meer efficiency, kennisconcentratie bij de rechterlijke macht en vergemakkelijking van de procedure te bevorderen.[4]

Tijdens de uitvoering van het gehele programma 'Herijking van het Faillissementsrecht' wordt veelvuldig overlegd met (vertegenwoordigers van) belanghebbende organisaties uit de praktijk.

Binnen de tweede pijler is een aantal wetsvoorstellen in voorbereiding, in consultatie, dan wel aanhangig in het parlement. Sinds een aantal jaren wordt er bij verschillende rechtbanken een praktijk toegepast – ook wel aangeduid als 'pre-pack praktijk' – die eruit bestaat dat een onafwendbaar faillissement onder het toeziend oog van de toekomstige curator vóór de faillietverklaring wordt voorbereid. Doel van de voorbereiding is de uit het faillissement voortvloeiende schade bij crediteuren, werknemers en andere betrokkenen zoveel mogelijk te beperken, onder meer door de kansen op een verkoop en daarop volgende doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen tegen een maximale opbrengst en met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid te vergroten. Inmiddels is een wetsvoorstel ingediend waarin deze praktijk wordt voorzien van een wettelijke basis.[5]

---

[3] *Kamerstukken II* 2014-2015, 33 695 nr. 7, p. 2.
[4] *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 695 nr. 5, p. 6, *Kamerstukken II* 2014-2015, 33 695 nr. 7, p. 4.
[5] *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 218.

Voorts wordt, in het kader van de tweede pijler van het wetgevingsprogramma 'Herijking Faillissementsrecht', gewerkt aan een wetsvoorstel tot invoering van een dwangakkoord.[6] Het voorstel maakt mogelijk dat de herstructurering van problematische schulden kan plaatsvinden op basis van een akkoord tussen de onderneming en haar schuldeisers en aandeelhouders inhoudend dat de rechten van die schuldeisers en aandeelhouders worden gewijzigd. Indien het akkoord door de meerderheid van de schuldeisers en aandeelhouders wordt ondersteund, kunnen schuldeisers en aandeelhouders die zich er op onredelijke gronden tegen verzetten tot medewerking worden gedwongen door een algemeen verbindend verklaring van het akkoord door de rechter. Op grond van art. 368 lid 9 van het voorstel kunnen arbeidsovereenkomsten niet gewijzigd worden door middel van het dwangakkoord buiten insolventie.

In consultaties hebben deskundigen het Ministerie van Veiligheid en Justitie erop gewezen dat het arbeidsrecht een belemmering kan vormen voor het buiten faillissement oplossen van problematische schulden van ondernemingen. Vaak is inkrimping van het personeelsbestand een noodzakelijke herstructureringsmaatregel, maar kost deze maatregel – vanwege het beschermingsniveau voor werknemers – tijd en geld. Andere stakeholders gaven aan dat ondernemers mede als gevolg hiervan vaker dan nodig is, faillissement zouden aanvragen. Recentelijk hebben doorstarts van ondernemingen in financiële problemen geleid tot veel aandacht in de media. Eerder waren er al vragen van leden van de Tweede Kamer over doorstarts waarbij dezelfde personen aan het roer bleven staan bij de doorgestarte onderneming als bij de gefailleerde onderneming (bijvoorbeeld Neckermann, Estro). Daarbij riep met name ook de positie van de werknemers bij een doorstart vragen op.[7]

Het onderhavige onderzoek is bedoeld ter ondersteuning van de tweede pijler van het programma 'Herijking Faillissementsrecht'. Het onderzoek tracht meer inzicht te verschaffen ten aanzien van de rol die de arbeidsrechtelijke positie van werknemers in de praktijk speelt bij de wijze waarop wordt geprobeerd financieel noodlijdende ondernemingen te reorganiseren en de gevolgen die het gekozen traject heeft (gehad) voor de betrokkenen. Specifieke aandacht is daarbij besteed aan de vraag of een andere arbeidsrechtelijke positie van werknemers in de onderzochte gevallen tot andere keuzes en mogelijk andere uitkomsten zou hebben geleid.

Op 1 juli 2015 traden de in de Wet werk en zekerheid (Wwz) opgenomen wijzigingen in de ketenregeling betreffende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en het ontslagrecht in werking.[8] De Wwz heeft de regeling van het opvolgend werkgeverschap in artikel 7:668a lid 2 BW uitgebreid. Van opvolgend werkgeverschap is sinds 1 juli 2015 sprake ongeacht of ten aanzien van de verrichte arbeid inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer. De Wwz bevat een omvangrijke wijziging van het ontslagrecht. Onderdeel

---

[6] De tekst van het conceptvoorstel en de concepttoelichting daarop zijn te vinden op www.internetconsultatie.nl/wco2.

[7] *Handelingen II* 2013-2014 nr. 2581 Neckermann; *Handelingen II* 2013-2014 nr. 2903 Estro; *Handelingen II* 2014-2015 nr. 38 Estro.

[8] Wet van 14 juni 2014 tot wijziging van verschillende wetten in verband met de hervorming van het ontslagrecht, wijziging van de rechtspositie van flexwerkers en wijziging van verschillende wetten in verband met het aanpassen van de Werkloosheidswet, het verruimen van de openstelling van de Wet inkomensvoorziening oudere werklozen en de beperking van de toegang tot de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers (Wet werk en zekerheid), *Stb.* 2014, 216.

hiervan is een gewijzigde regeling van de ontslagvergoeding. In beginsel heeft de werknemer sinds 1 juli 2015 bij ontslag recht op een transitievergoeding (artikel 7:673 lid 1 BW). De transitievergoeding is evenwel niet langer verschuldigd bij surseance van betaling, faillissement of schuldsaneringsregeling (artikel 7:673c lid 1 BW). De verplichting tot betaling van de transitievergoeding herleeft niet op het moment dat een surseance wordt opgeheven. Wel geldt bij een doorstart uit surseance of faillissement voor de opvolgend werkgever dat bij een later ontslag vanwege de werkgever bij de berekening van de dan te betalen transitievergoeding de periode tot aan de surseance en/of het faillissement meetelt.

In aansluiting op een daartoe gedane toezegging tijdens het Algemeen Overleg met de Tweede Kamer op 24 september 2014 heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een rechtsvergelijkend onderzoek laten doen naar de positie van werknemers in een faillissement.[9] Dit onderzoek, dat is uitgevoerd door prof. mr. dr. W.H.A.C.M. Bouwens, prof. mr. dr. W.L. Roozendaal en mr. dr. D.M.A. Bij de Vaate, betreft een rechtsvergelijkend onderzoek naar de arbeidsrechtelijke positie van werknemers in faillissement in een aantal Europese landen.[10] Dit onderzoek kende, anders dan het onderhavige onderzoek, geen empirische invalshoek.

1.2 Probleemstelling en onderzoeksvragen

De probleemstelling voor het onderzoek luidt: ’Welke zijn de consequenties van de arbeidsrechtelijke positie van werknemers voor de (on)mogelijkheden om de problematische financiële situaties van ondernemingen op te lossen en voor het vervolg van de onderneming?’

De hiervoor weergegeven probleemstelling valt uiteen in de hiernavolgende acht deelvragen. De eerste zeven vragen hebben voor een belangrijk deel betrekking op de inventarisatie en analyse van de feitelijke situatie in de door ons onderzochte gevallen. De vragen strekken ertoe inzicht te krijgen in de rol die de arbeidsrechtelijke positie van werknemers heeft gespeeld bij de financiële problemen van de schuldenaren en de daarvoor gezochte oplossingen in de onderzochte gevallen. De achtste vraag heeft een ander karakter, nu deze vraag abstraheert van de onderzochte cases.

1. Wat waren de belangrijkste oorzaken van de problematische financiële situatie van de ondernemingen in de onderzochte gevallen? Wat was hierbij de rol van de arbeidsrechtelijke positie van de werknemers?

2. Hoe verhield in de onderzochte gevallen de arbeidsrechtelijke positie van de werknemers zich tot de (on)mogelijkheden om de problematische financiële situatie van de betreffende ondernemingen op te lossen?

[9] *Kamerstukken II* 2014-2015, 31 322 nr. 267, p. 25.
[10] W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal, D.M.A. Bij de Vaate, Werknemers en insolventie, “Een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever”, VU 2015, uitgevoerd in opdracht van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en door de betrokken minister aan de voorzitter van de Tweede Kamer aangeboden bij brief van 26 augustus 2015, *Kamerstukken II* 2014-2015, 33 695, nr. 9.

3. Wat is het vervolg van die situatie geweest voor de onderneming, bijvoorbeeld: faillissement en opheffing, herstructurering door middel van een faillissement, doorstart met pre-pack, doorstart zonder pre-pack, doorstart gezonde bedrijfsonderdelen of andere uitkomsten?

4. In welke mate gaf de arbeidsrechtelijke positie van werknemers de doorslag tot dit specifieke vervolg? Wat waren de voor- en nadelen hiervan voor de verschillende partijen?

5. In hoeverre leidde de arbeidsrechtelijke positie van werknemers tot gebruik van het faillissementsrecht om schulden te saneren en/of personeel te laten afvloeien?

6. Had een andere arbeidsrechtelijke positie van werknemers kunnen leiden tot een ander vervolg (met name voor een doorstart van de onderneming, de opbrengsten voor schuldeisers en/of voor de werknemers/werkgelegenheid)? Zo nee, waarom niet? Zo ja, welke andere positie en welk vervolg? Wat zouden de voor- en nadelen hiervan voor de verschillende partijen zijn geweest?

7. Had een andere arbeidsrechtelijke positie van werknemers kunnen leiden tot een andere mate van risico op oneigenlijk gebruik van het faillissementsrecht? Zo nee, waarom niet? Zo ja, waarom en welke mate van risico?

8. Op welke manier, en in welke mate, zouden veranderingen in de arbeidsrechtelijke positie van werknemers (voor of na faillissement) naar verwachting kunnen bijdragen aan het eenvoudiger kunnen ‘redden’ of doorstarten van bedrijven, en/of het verminderen van de nadelen van een faillissement voor de werknemers/werkgelegenheid en de schuldeisers, en/of het risico op oneigenlijk gebruik van het faillissementsrecht?

Deelvraag acht is opgevat in de zin dat het onderzoek tracht opvattingen van betrokkenen naar boven te halen.

1.3 Onderzoeksmethodologie en afbakening

Het onderzoek is gericht op het in kaart brengen van de gang van zaken in de praktijk en heeft een exploratief en inventariserend karakter. Het betreft een empirisch onderzoek naar de relatie tussen de arbeidsrechtelijke positie van werknemers en de (on)mogelijkheden om problematische financiële situaties van ondernemingen op te lossen. Dit onderzoek bestaat in hoofdzaak uit een analyse van een aantal recente zaken waarin ondernemingen al dan niet na een faillissement zijn gereorganiseerd. Op deze wijze kan meer inzicht worden verschaft in de rol die de arbeidsrechtelijke positie van werknemers in de praktijk speelt bij de wijze waarop wordt geprobeerd financieel noodlijdende ondernemingen te reorganiseren en de gevolgen die het gekozen traject heeft (gehad) voor de betrokkenen. Het onderzoek is er niet op gericht om op systematische wijze de onderzochte zaken met elkaar te vergelijken.

Het onderzoek is beperkt tot de positie van werknemers onder het Nederlandse arbeids- en insolventierecht. Het onderzoek heeft rekening gehouden met de ontwikkelingen tot medio december 2015. 16 december 2015 geldt als afsluitdatum.

In deze paragraaf wordt uiteengezet hoe het onderzoeksteam te werk is gegaan. In paragraaf 1.3.1 komt aan de orde hoe de selectie van de onderzochte cases tot stand is gekomen. Uit paragraaf 1.3.2 volgt welke bronnen het onderzoeksteam heeft gebruikt om tot een reconstructie van de cases te komen. De manier waarop alle interviews zijn ingericht, wordt toegelicht in paragraaf 1.3.3. In paragraaf 1.3.4 komt aan de orde hoe de casestudies zijn geschreven en geanonimiseerd. Onderzoeksvraag 8 is van een andere aard dan de onderzoeksvragen 1-7. Deze vraag kwam steevast aan de orde in de interviews, maar stond ook centraal tijdens de expertmeeting. In paragraaf 1.3.5 wordt uiteengezet hoe de in de interviews gegeven antwoorden op deelvraag 8 zijn verwerkt in het onderzoek. In paragraaf 1.3.6 komt de opzet van de expertmeeting aan de orde, evenals de wijze waarop de input van deze middag is verwerkt in de onderzoeksresultaten.

1.3.1 Selectie cases

Er zijn zesentwintig cases onderzocht. Dit aantal van zesentwintig (één meer dan oorspronkelijk voorgenomen) is enerzijds gekozen om recht te kunnen doen aan de gekozen selectiecriteria, anderzijds om rekening te houden met de verzochte opleverdatum van het te verrichten onderzoek en de vraag om het onderzoek in te steken op een manier die betrokkenheid vergt van diverse stakeholders en experts.

De zesentwintig door ons onderzochte cases zijn geselecteerd op basis van de volgende selectiecriteria:

Omvang van de onderneming
Het onderzoek diende een goede spreiding te bieden over cases die betrekking hebben op grote ondernemingen (meer dan 250 werknemers), cases die betrekking hebben op middelgrote ondernemingen (tussen de 50 en 250 werknemers) en kleine ondernemingen (minder dan 50 werknemers).

Keuze voor vervolgscenario
De onderzochte cases zijn gespreid over de verschillende vervolgscenario's, in het bijzonder: reorganisaties en andere oplossingen buiten faillissement, al dan niet op initiatief van de afdelingen 'bijzonder beheer' van de banken ('informele reorganisaties'), surseance van betaling, faillissement en opheffing, doorstart uit faillissement met en zonder pre-pack ('formele reorganisaties'). Overigens moet worden geconstateerd dat het onderscheid tussen informele en formele reorganisaties niet 'hard' is: aan veel van de onderzochte faillissementen gingen een of meer informele reorganisaties vooraf (de cases 13, 16 en 21 tot en met 26). Sommige van de door ons onderzochte informele reorganisaties zijn alsnog uitgemond in een faillissement (bijvoorbeeld case 5) of zouden dat alsnog kunnen doen (bijvoorbeeld case 2). In totaal zijn twaalf informele reorganisaties en veertien formele reorganisaties onderzocht.

Landelijke spreiding
Er is gestreefd naar een zekere landelijke spreiding van de onderzochte cases.

Spreiding over sectoren
Er is gestreefd naar een zekere spreiding in de cases over verschillende sectoren uit het bedrijfsleven (zorg, industrie, bouw, transport, retail (product), retail (dienst)) teneinde een zo compleet mogelijk beeld van de te onderzoeken materie te krijgen.

Bij de selectie van de onderzochte cases is niet verder teruggegaan dan tot rond de eeuwwisseling.

Bij de selectie van de onderzochte cases heeft bovendien een rol gespeeld in hoeverre – binnen de voor het onderzoek beschikbare tijdspanne – medewerking kon worden verkregen van betrokkenen. De verwachting bestond dat het eenvoudiger zou zijn in situaties waarin een reorganisatie had plaats gevonden na de opening van een insolventieprocedure de medewerking te verkrijgen van betrokkenen nu deze procedures gepaard gaan met openbaarheid. Deze verwachting bleek terecht te zijn. Betrokkenen waren om begrijpelijke redenen bezorgd over het behoud van anonimiteit en dit speelt eens te meer bij de cases zonder insolventieprocedure. Toch is het gelukt om een evenwichtige verdeling te verkrijgen tussen cases met en zonder insolventieprocedure.

1.3.2 Gebruikte bronnen casestudies

Wij hebben diverse bronnen gebruikt om de geselecteerde cases te onderzoeken. Allereerst zijn, daar waar het reorganisaties in surseance van betaling of faillissement betrof, de openbare verslagen van de bewindvoerders respectievelijk curatoren geraadpleegd. Daaruit valt informatie te halen omtrent de oorzaken van de financiële problemen, de wijze van afwikkeling (al dan niet in de vorm van een pre-pack bijvoorbeeld) en de gevolgen die het gekozen traject heeft gehad voor de bij de onderneming betrokken stakeholders, in het bijzonder de werknemers. Voorts is bij het onderzoek naar de geselecteerde cases gekeken naar andere publiek toegankelijke bronnen, zoals gepubliceerde rechtspraak, berichtgeving in de media en beschouwingen die in de literatuur aan de te onderzoeken cases zijn gewijd. Het beeld dat uit de openbare verslagen en andere publiek toegankelijke bronnen naar voren komt, is getoetst aan en aangevuld met informatie uit interviews met betrokkenen. Deze informatie verschaft meer inzicht in de met betrekking tot de oplossing van de financiële situatie van de betreffende ondernemingen gemaakte keuzes, in het bijzonder de invloed die de arbeidsrechtelijke positie van de werknemers daarop heeft gehad. Aan dergelijke aanvullende informatie is in het bijzonder ook behoefte om de vraag te kunnen beantwoorden in hoeverre een andere arbeidsrechtelijke positie van de werknemers zou hebben geleid tot andere keuzes (en daarmee mogelijk andere uitkomsten). Er zijn daarom interviews gehouden met betrokkenen, in het bijzonder betrokken curatoren en bewindvoerders, adviseurs van de betreffende vennootschappen, banken, vakbonden, ondernemingsraden en het (voormalig) management, waaronder turnaround managers (of CRO's). De opnames van de interviews zijn op papier uitgewerkt. Deze transcripties zijn in combinatie met de overige beschikbare bronnen gebruikt om case studies op te stellen. Dat is geschied met inachtneming van vier thema's, die nader worden toegelicht in de volgende paragraaf.

Het onderzoek is er op gericht per case een empirisch gefundeerde reconstructie te maken van het reorganisatieproces en van de relevante beslissingen die gedurende dat proces genomen zijn.

Per onderzochte case verschilde welke bronnen voor de casusreconstructie beschikbaar waren en welke personen over de relevante informatie beschikten en dus geïnterviewd moesten worden en bereid waren mee te werken aan een interview. De verhouding tussen informatie uit interviews en informatie uit schriftelijke bronnen verschilt daarmee per case. In die gevallen waarin de financiële problemen van de geselecteerde ondernemingen niet via een insolventieprocedure (faillissement of surseance van betaling) zijn opgelost, ligt de nadruk van het onderzoek vanzelfsprekend op interviews met de betrokkenen.

1.3.3 De interviews

Interviews hebben face to face plaatsgevonden, maar zijn in een enkel geval om praktische redenen ook telefonisch afgenomen.

De interviews vonden plaats op basis van de afspraak dat de gegevens slechts op geanonimiseerde wijze naar buiten zouden komen. De geïnterviewden hebben toestemmingsverklaringen getekend waarin zij aangaven ermee in te stemmen dat er na uitwerking van de casestudies te vernietigen geluidsopnames van de interviews werden gemaakt. Het onderzoeksteam heeft geheimhoudingsverklaringen ondertekend. De geanonimiseerde casestudies zijn ter controle op anonimiteit aan de geïnterviewden voorgelegd. Bijlage 3 bevat de uitgewerkte geanonimiseerde versies van de cases.

In totaal zijn gerekend over de zesentwintig cases 94 personen geïnterviewd. Dit geschiedde met behulp van opnameapparatuur. 57 interviews hadden betrekking op cases met insolventieprocedure (‘formele reorganisaties’) en 37 interviews speelden in cases zonder insolventieprocedure (‘informele reorganisaties’). Bij de onderzochte formele reorganisaties waren doorgaans meer partijen en adviseurs betrokken of vertegenwoordigd dan bij de informele reorganisaties. Dit verschil in aantallen toont hoeveel lastiger het was om informele reorganisaties te onderzoeken. De juist bij informele reorganisaties ervaren aanvankelijke schroom viel overigens weg zodra men met het geven van een interview had ingestemd. Wij mogen met gepaste dankbaarheid voor het gestelde vertrouwen constateren dat de geïnterviewden zonder terughoudendheid hun inzichten en ervaringen hebben gedeeld.

Men ziet in de verdeling van de interviews over de diverse betrokken stakeholders weerspiegeld dat bij de besluitvorming veel juristen en financiers betrokken zijn en dat ondernemingsraad en vakbonden relatief weinig in beeld komen. Dit laat onverlet dat in alle interviews blijk werd gegeven van oog en begrip voor het werknemersperspectief. Niettemin past de kanttekening dat men bij de beantwoording van deelvraag acht in hoofdstuk 4 in aanmerking moet nemen dat de geïnterviewden veelal niet specifiek het werknemersbelang dienden.

Wij danken de geïnterviewden voor het feit dat zij hun agenda voor ons onderzoek hebben willen vrijmaken en voor de openhartige en betrokken wijze waarop zij ons hebben laten delen in hun kennis en ervaring.

Deelvragen één tot en met zeven
De interviews hebben plaatsgevonden aan de hand van een vragenlijst (topiclist). Tijdens de interviews werd eerst, voor zover daarover nog vragen bestonden, stil gestaan bij de aard en de omvang van de betreffende onderneming. Vervolgens werden vragen gesteld over de aard en oorzaak van de financiële problemen van de onderneming. Daarna kwam de besluitvorming omtrent de financiële moeilijkheden aan bod. Het interview ging voorts in op de consequenties voor de onderneming en de betrokken stakeholders, in het bijzonder de werknemers. De in de interviews verkregen antwoorden zijn per case gegroepeerd op basis van deze vier thema's.

Deelvraag 8
In de interviews is steevast, na de behandeling van de betreffende case, ruimte ingelast voor observaties en opvattingen van de geïnterviewde omtrent deelvraag acht. Deelvraag acht vormde aldus het sluitstuk van de interviews. De geïnterviewden werden via deze vraag in de gelegenheid gesteld los van de specifieke case hun zienswijze te geven op de arbeidsrechtelijke positie van werknemers en de mogelijke invloed van veranderingen in deze positie op de thema's die eerder in het interview de revue passeerden en op andere relevante punten uit de vraagstelling die niet direct zelf in de case speelden, maar wel in de visie van de geïnterviewde aandacht vroegen.

In de interviews is bij deelvraag acht niet aangestuurd op algemene bespiegelingen gericht op een integrale wijziging van het systeem van het ontslagrecht of het insolventierecht.

Er zijn in de interviews geen specifieke vragen gesteld omtrent de toepasselijkheid van de regelgeving omtrent de overgang van onderneming bij een doorstart uit faillissement. Art. 7:666 lid 1 BW bepaalt dat deze regels niet van toepassing zijn op de overgang van onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort.

1.3.4 Het beschrijven en anonimiseren van de cases

Op basis van het per case verzamelde materiaal heeft het onderzoeksteam casestudies geschreven. Vervolgens zijn deze casestudies geanonimiseerd, teneinde deze als bijlage in dit openbare rapport te kunnen opnemen. Het anonimiseren van een case is maatwerk. De diepgang van de anonimisering verschilt per case naar gelang de specifieke feiten daarom vragen. Men moet daarbij denken aan zaken als de omvang, de bekendheid via media, rechtszaken, marktpositionering of anderszins. De namen van de geïnterviewde personen en de namen van de betrokken ondernemingen zijn onvermeld gelaten. Eventuele procedures zijn op een enkele uitzondering na niet genoemd. Factoren die de herkenbaarheid van de case in het geding brengen, zijn weggelaten of op een zodanig hoog abstractieniveau weergegeven dat het niet traceerbaar zijn geen gevaar loopt. Het wijzigen van relevante gegevens is vanzelfsprekend vermeden.

1.3.5 Antwoorden onderzoeksvraag 8 in de interviews

De aanpak was ook bij de materie van deelvraag acht dat de opnames van de interviews op papier zijn uitgewerkt. De uitlatingen ten aanzien van deelvraag acht zijn geïdentificeerd en samen met de citaten omtrent deelvraag acht uit de andere interviews bijeen gebracht in een apart document. Vervolgens is beoordeeld welke citaten uit de verschillende cases betrekking hadden op een zelfde thema. De citaten zijn per thema bijeen gebracht. Wij hebben ten behoeve van de overzichtelijkheid de thema's verdeeld in drie groepen: uitlatingen betreffende de informele reorganisatie (behandeld in paragraaf 4.2), uitlatingen die betrekking hadden op de doorstart uit faillissement (behandeld in paragraaf 4.3) en uitlatingen betreffende de verwachte effecten van de Wwz (behandeld in paragraaf 4.4).

Bijlage 4 bevat een compleet thematisch overzicht van de betreffende citaten. Een deel van deze citaten is tevens ter illustratie opgenomen in de tekst van de drie genoemde paragrafen van hoofdstuk 4 van het rapport. Bij de antwoorden die wij in de interviews kregen op deelvraag acht hebben wij niet aangegeven in welke case het betreffende interview speelde. Dit voorkomt dat door het aan een case kunnen koppelen van antwoorden op deelvraag acht afbreuk wordt gedaan aan de anonimiteit van de case. De aanpak bewerkstelligt bovendien dat de gegeven antwoorden in de gebruikte bewoordingen kunnen worden weergegeven zonder de anonimiteit van de geïnterviewde in gevaar te brengen. Wel is steeds aangegeven welke achtergrond de betrokken geïnterviewde had. Dit laatste is relevant, nu de lezer zicht wil hebben op het perspectief van waaruit de geïnterviewde de materie bekijkt.

Wij tekenen aan dat de weergave van de uitlatingen van de geïnterviewden door ons enigszins is bijgeschaafd omdat het gesproken woord nu eenmaal niet steeds geschikt is voor woordelijke weergave op papier. Er is aan dit bijschaven van het gesproken woord veel zorg besteed, opdat niets van de bedoelingen van de geïnterviewde verloren ging. Aan de inhoud van de geuite opvattingen is niets veranderd. Wij zijn voorts ten aanzien van de opgenomen tekst verantwoordelijk voor de keuzes die zijn gemaakt uit al hetgeen te berde werd gebracht.

1.3.6 De expertmeeting

Gelet op de bredere maatschappelijke implicaties van het onderzoek en de daaraan ten grondslag liggende vragen, hebben wij het onderzoek niet beperkt tot de 26 geselecteerde cases. Tijdens een op 25 september 2015 te Nijmegen gehouden expertmeeting zijn de (eerste) resultaten van het onderzoek en de daaraan mogelijk te verbinden consequenties voor de eventuele voorbereiding van nieuwe wetgeving met deskundigen besproken. Tijdens deze expertmeeting stond vooral deelvraag acht centraal. Voor deze expertmeeting waren deskundigen uit diverse geledingen uitgenodigd. Een lijst van de deelnemers aan de expertmeeting is bij dit rapport gevoegd als bijlage 2. Om te bereiken dat iedereen zich vrij voelde in het uiten van meningen is tevoren aan de experts aangegeven, dat de observaties in de verslaglegging in dit rapport geanonimiseerd zouden worden weergegeven. Deze anonimiteit ziet op de naam van de deskundige die het woord voerde. De inhoud van hetgeen werd gezegd, is niet gewijzigd. Het verslag van de expertmeeting geeft een getrouw beeld van hetgeen aan de orde kwam, in de volgorde waarin de thema's ter sprake werden gebracht. Het

verslag van de expertmeeting is opgenomen in hoofdstuk 5. Net zoals hiervoor ten aanzien van de citaten uit interviews is opgemerkt, zijn de uitlatingen van de experts door het onderzoeksteam met veel zorg enigszins bijgeschaafd, zonder dat de bedoelingen van de expert verloren ging. Aan de inhoud van de geuite opvattingen is niets veranderd. Wij zijn voorts ten aanzien van de opgenomen tekst verantwoordelijk voor de keuzes die zijn gemaakt uit al hetgeen te berde werd gebracht.

Wij danken de experts voor het feit dat zij hun agenda voor ons onderzoek hebben willen vrijmaken en voor de interessante en constructieve discussie die zich op vrijdag 25 september 2015 over de verschillende thema's ontspon.

1.4 Opbouw rapport

Hoofdstuk 2 bevat het antwoord op de eerste deelvraag van het onderzoek naar de belangrijkste oorzaken van de problematische financiële situatie van de ondernemingen in de onderzochte gevallen. Hoofdstuk 2 gaat in op de rol van de arbeidsrechtelijke positie van de werknemers bij het ontstaan van deze financiële problemen.

Hoofdstuk 3 gaat in op de uitkomsten van het onderzoek met betrekking tot de wijze waarop de onderzochte ondernemingen een oplossing hebben gezocht voor de problematische financiële situatie waarin zij verkeerden, welke factoren daar een rol bij hebben gespeeld en in het bijzonder de invloed van de arbeidsrechtelijke positie van werknemers op de gemaakte afwegingen. Het hoofdstuk geeft antwoord op deelvragen twee tot en met zeven van het onderzoek. Hoofdstuk 3 gaat derhalve in op de rol van de factor arbeid bij de wijze waarop de onderneming de financiële problemen oplost.

Hoofdstuk 4 concentreert zich op deelvraag acht. De resultaten van dit deel van de interviews zijn in dit hoofdstuk opgenomen.

In *hoofdstuk 5* doen wij verslag van de expertmeeting van 25 september 2015.

In *hoofdstuk 6* hernemen wij de acht deelvragen. Dit zesde hoofdstuk bevat de conclusies.

In *bijlage 1* staan de namen van het onderzoeksteam en de begeleidingscommissie.

Bijlage 2 betreft de lijst van deelnemers aan de expertmeeting.

Bijlage 3 geeft de uitgewerkte geanonimiseerde versies van de cases .

In *bijlage 4* zijn de citaten uit de interviews per thema weergegeven.

Bijlage 5 bevat de tekst van de gehanteerde topiclists.

1.5 Enige gehanteerde begrippen

Misbruik van faillissementsrecht

Op grond van artikel 1 Fw kan de schuldenaar die in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen aangifte tot faillietverklaring doen. Ingevolge artikel 3:13 lid 1 BW kan een bevoegdheid, waaronder de bevoegdheid om het eigen faillissement aan te vragen, niet worden ingeroepen voor zover de bevoegdheid wordt misbruikt. Lid 2 verduidelijkt dat een bevoegdheid onder meer kan worden misbruikt wanneer zij wordt uitgeoefend met geen ander doel dan een ander te schaden of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend. Misbruik van bevoegdheid is ook aan de orde wanneer men, gelet op de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, in redelijkheid niet tot de uitoefening van die bevoegdheid had kunnen komen.

Onder misbruik van faillissementsrecht verstaan wij de situatie dat de bevoegdheid tot het doen van aangifte tot faillietverklaring wordt uitgeoefend voor een ander doel dan waarvoor zij is verleend, dat wil zeggen (uitsluitend of hoofdzakelijk) met het vooropgezette doel om van één of meer werknemers af te komen en hen aldus de hen buiten faillissement toekomende arbeidsrechtelijke bescherming te onthouden.[11] In de rechtspraak van de afgelopen twintig jaar is een beroep op misbruik van faillissementsrecht slechts in een zeer beperkt aantal gevallen gehonoreerd. Bouwens c.s. vermelden hierover in hun rapport Werknemers en insolventie, “Een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever” het volgende:

> “Misbruik kan aan de orde zijn in gevallen van geregisseerde of voorgewende betalingsonmacht. Vaak is echter sprake van een reële faillissementssituatie. Dat de aanvraag in deze gevallen mede ten doel heeft de arbeidsrechtelijke bescherming te ontlopen, en aldus een doorstart (onder voor de schuldeisers gunstiger condities) mogelijk te maken, wordt voor misbruik niet voldoende geacht. Het is dan ook niet vreemd dat slechts in een (zeer) beperkt aantal gevallen het beroep op dat leerstuk door de rechter werd gehonoreerd.”[12]

In het in 2005 in opdracht van het WODC door het Hugo Sinzheimer Instituut gepubliceerde rapport “Fraude en misbruik bij faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en naar de mogelijkheden van bestrijding” wordt geconcludeerd dat van misbruik van faillissement nauwelijks melding valt te maken.[13]

---

[11] Zie de conclusie van AG Spier voor HR 11 juli 2014, ECLI:NL:PHR:2014:582 (*Stichting Welzijn Ouderen*).

[12] W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal, B.M.A. Bij de Vaate, Werknemers en insolventie, “Een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever”, VU 2015, p. 52.

[13] R. Knegt, A.M. Beukelman, J.R. Popma, P. van Willigenburg, I. Zaal, “Fraude en misbruik bij faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en naar de mogelijkheden van bestrijding”, Hugo Sinzheimer Instituut, Universiteit van Amsterdam 2005, p. 109/110.

De UWV-procedure

- *Tot 1 juli 2015*

Indien bedrijfseconomische omstandigheden een structureel verval van arbeidsplaatsen tot gevolg hadden en er geen mogelijkheden waren om de werknemer in een andere passende functie te herplaatsen, kon de werkgever het UWV om toestemming vragen de arbeidsovereenkomst op te zeggen.[14] De werkgever diende een schriftelijk verzoek met opgave van redenen in bij het UWV. Indien de verstrekte gegevens onvoldoende waren voor de beoordeling van het verzoek, werd de werkgever in de gelegenheid gesteld het verzoek binnen acht dagen aan te vullen. Indien het verzoek om toestemming compleet was, werd de aanvraag in behandeling genomen.
Het UWV stelde de werknemer vervolgens in de gelegenheid om binnen veertien dagen schriftelijk verweer te voeren, waarna werkgever en werknemer eventueel in de gelegenheid werden gesteld binnen tien dagen nogmaals hun zienswijze naar voren te brengen (= tweede schriftelijke ronde).
Na afloop van de stukkenwisseling werd advies gevraagd aan de ontslagadviescommissie. Vervolgens besliste het UWV (schriftelijk en gemotiveerd) of toestemming werd verleend of onthouden. De procedure bij het UWV duurde in de regel zes tot acht weken.
Indien het UWV toestemming verleende, was de toestemming acht weken geldig. Binnen deze termijn kon de werkgever de arbeidsovereenkomst met inachtneming van de opzeg-termijn opzeggen. Op de geldende opzegtermijn mocht één maand in mindering worden gebracht, mits een opzegtermijn van ten minste een maand resteerde.

- *Na 1 juli 2015*

De preventieve ontslagtoets is gehandhaafd. Het UWV toetst evenwel slechts nog voorgenomen ontslagen vanwege bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid. Bij ontslagen vanwege in de persoon gelegen redenen is de ontbindingsrechter de tot toetsing bevoegde instantie.
Gelijk aan de procedure tot 1 juli 2015 moet de werkgever een schriftelijk verzoek met opgave van redenen indienen bij het UWV. Indien de verstrekte gegevens onvoldoende zijn voor de beoordeling van het verzoek om toestemming voor opzegging van de arbeids-overeenkomst, wordt de werkgever in de gelegenheid gesteld het verzoek aan te vullen. Indien het verzoek om toestemming compleet is, wordt de aanvraag in behandeling genomen.
Het UWV stelt de werknemer vervolgens in de gelegenheid om binnen veertien dagen schriftelijk verweer te voeren. In de regel is er geen sprake van een tweede schriftelijke ronde.
Het UWV vraagt in beginsel geen advies aan de ontslagadviescommissie. Enkel indien er onduidelijkheid bestaat over de toepassing van de regels of indien specialistische kennis over de sector waarop de aanvraag betrekking heeft vereist is, vraagt het UWV advies aan de ontslagadviescommissie.
Vervolgens beslist het UWV (schriftelijk en gemotiveerd) of toestemming wordt verleend of onthouden.
Het is de bedoeling dat deze procedure bij het UWV binnen vier weken wordt afgehandeld. Indien het UWV de ontslagadviescommissie om advies vraagt kan deze termijn oplopen tot

[14] De werkgever kon tot 1 juli 2015 het UWV ook om toestemming voor opzegging vragen vanwege in de persoon gelegen redenen (denk aan een verstoorde arbeidsrelatie en disfunctioneren).

vijf weken, terwijl de termijn in het geval van een tweede schriftelijke ronde oploopt tot zeven weken.
Indien het UWV toestemming verleent, is de toestemming vier weken geldig. Binnen deze termijn kan de werkgever de arbeidsovereenkomst met inachtneming van de opzegtermijn opzeggen. De door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn wordt verkort met tijd dat de procedure bij het UWV heeft geduurd, mits een opzegtermijn van ten minste een maand resteert (artikel 7:672 lid 4 BW).

Het afspiegelingsbeginsel

Het afspiegelingsbeginsel heeft betrekking op het maatgevende selectiecriterium bij ontslagen om bedrijfseconomische redenen. Sinds 1 juli 2015 betreft dit de 'a-grond' van artikel 7:669 lid 3 BW zoals nader uitgewerkt in par. 4 van de Ontslagregeling (artikel 11 e.v.).[15] Het afspiegelingsbeginsel is niet alleen een kwestie tussen werkgever en werknemer. Het gaat in essentie om een objectieve manier om de ontslagvolgorde te bepalen. Het beginsel vindt dus zijn toepassing in de verhouding tussen (uitwisselbare) werknemers.

Voordat het UWV toestemming verleent voor het opzeggen van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd moet de werkgever eerst de relatie beëindigen met personen die dezelfde werkzaamheden verrichten anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Daarnaast moeten AOW-gerechtigden bij voorrang worden ontslagen indien als gevolg van een reorganisatie binnen uitwisselbare functies ontslagen vallen en er binnen die categorie uitwisselbare functies AOW-gerechtigden werkzaam zijn.[16]

Het afspiegelingsbeginsel houdt in dat het personeel wordt ingedeeld in categorieën uitwisselbare functies. Binnen een categorie uitwisselbare functies worden de betreffende werknemers ingedeeld in vijf leeftijdscategorieën (te weten van 15 tot 25 jaar, van 25 tot 35 jaar, van 35 tot 45 jaar, van 45 tot 55 jaar en vanaf 55 jaar). Vervolgens wordt het personeelsbestand ingekrompen waarbij de leeftijdsopbouw binnen de categorie uitwisselbare functies voor en na de reorganisatie zoveel mogelijk hetzelfde blijft. Daarbij geldt dat de laatst binnengekomen werknemer binnen een bepaalde leeftijdscategorie als eerste voor ontslag in aanmerking komt.

Afwijken van afspiegelingsbeginsel[17]
De werkgever mag voor de volgende werknemers van het afspiegelingsbeginsel afwijken:
- een werknemer werkt bij een derde en het is niet mogelijk dat deze werknemer door een ander wordt vervangen;
- een werknemer heeft bijzondere kennis of bekwaamheden waardoor zijn ontslag te veel bezwaren oplevert voor het functioneren van de organisatie;

[15] Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015, 2015-0000102290, tot vaststelling van regels met betrekking tot ontslag en de transitievergoeding (Ontslagregeling), *Stcrt.* 2015, nr. 12685, zoals gewijzigd in de Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 7 december 2015, 2015-0000300381, tot wijziging van de Ontslagregeling en de Regeling UWV ontslagprocedure in verband met de Verzamelwet SZW 2016 en technische aanpassingen, *Stcrt.* 2015, nr. 45451.
[16] Uitwisselbare functies zijn functies die naar functie-inhoud, vereiste kennis, vaardigheden en competenties vergelijkbaar en naar niveau en beloning gelijkwaardig zijn. Vergelijk Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen, UWV januari 2016, p. 45-47.).
[17] De tekst van deze subparagraaf is te vinden op www.rijksoverheid.nl.

- een werknemer heeft een arbeidsbeperking;
- een werknemer werkt met een loonkostensubsidie en die loonkostensubsidie vervalt.

Voor 10% van het totale aantal werknemers dat wordt ontslagen, kan een werkgever andere werknemers voordragen dan op basis van het afspiegelingsbeginsel. Dit kan alleen als in de cao is opgenomen dat een werkgever van deze mogelijkheid gebruik kan maken. De regels van het afspiegelingsbeginsel gelden voorts niet als in een cao andere regels zijn opgenomen. Er kunnen alleen andere regels worden afgesproken als er ook een onafhankelijke en onpartijdige cao-commissie is die het ontslag vooraf toetst.

Standaard rekenvoorbeeld ter verduidelijking[18]
In de categorie uitwisselbare functies *Verkoper* zijn 12 werknemers werkzaam. Deze 12 werknemers moeten worden ingedeeld in vijf leeftijdsgroepen:

15-24 jaar	**25-34 jaar**	**35-44 jaar**	**45-54 jaar**	**vanaf 55 jaar**	**Totaal**
3 wn	4 wn	0 wn	2 wn	3 wn	12 wn

De categorie uitwisselbare functies *Verkoper* moet met 4 werknemers worden ingekrompen. De ontslagen worden als volgt over de leeftijdsgroepen verdeeld:

15-24 jaar	**25-34 jaar**	**35-44 jaar**	**45-54 jaar**	**vanaf 55 jaar**	**Totaal**
3/12 x 4 =	4/12 x 4 =	0/12 x 4 =	2/12 x 4 =	3/12 x 4 =	
1	1,3333..	0	0,6666..	1	4 wn

Op basis van de hele getallen voor de komma wordt de verdeling over de leeftijdsgroepen:

15-24 jaar	**25-34 jaar**	**35-44 jaar**	**45-54 jaar**	**vanaf 55 jaar**	**Totaal**
1 wn	1 wn	0 wn	0 wn	1 wn	3 wn

In dit voorbeeld is er één voor ontslag voor te dragen werknemer te weinig berekend. De leeftijdsgroep met de hoogste waarde na de komma levert de voor ontslag voor te dragen werknemer op. Leeftijdsgroep 45-54 jaar heeft het hoogste cijfer achter de komma (,6666…) en deze leeftijdsgroep levert de dan voor ontslag voor te dragen werknemer.

Uiteindelijk is de verdeling over de leeftijdsgroepen:

15-24 jaar	**25-34 jaar**	**35-44 jaar**	**45-54 jaar**	**Vanaf 55 jaar**	**Totaal**
1 wn	1 wn	0 wn	1 wn	1 wn	4 wn

De werknemer met het kortste dienstverband in de betreffende leeftijdsgroep komt voor ontslag in aanmerking.

[18] Dit rekenvoorbeeld is overgenomen uit de Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen, UWV januari 2016, p. 36).

Per categorie uitwisselbare functies waarin ontslagen vallen, moet deze berekening telkens worden herhaald.

Het afspiegelingsbeginsel is niet van toepassing bij formele reorganisaties. Na faillissement is de curator gerechtigd zonder preventieve toetsing door UWV de arbeidsovereenkomsten met de werknemers op te zeggen (artikel 40 Faillissementswet). De doorstarter uit faillissement is in beginsel vrij in het selecteren van personeel.

Opvolgend werkgeverschap in de ketenregeling en bij de regeling van de transitievergoeding

Het opvolgend werkgeverschap maakt deel uit van de wettelijke regeling die tot doel heeft het aantal en de totale duur van tijdelijke contracten dat opeenvolgend kan worden gebruikt te beperken. Artikel 7:668a lid 1 BW beperkt het gebruik van bepaalde tijd contracten tussen dezelfde partijen tot drie contracten voor een totale periode van 24 maanden, tussenpozen van ten hoogste zes maanden inbegrepen (de 'ketenregeling'). Artikel 7:668a lid 2 BW breidt deze ketenregeling uit tot ketens van contracten voor bepaalde tijd tussen een werknemer en verschillende werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn (het 'opvolgend werkgeverschap').

Tot 1 juli 2015 was een werkgever pas 'opvolgend werkgever' indien tussen deze werkgever en de vorige werkgever zodanige banden bestonden dat het door de vorige werkgever op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid moest worden toegerekend aan de nieuwe (opvolgend) werkgever.[19] De Wwz heeft de regeling van het opvolgend werkgeverschap in artikel 7:668a lid 2 BW uitgebreid.[20] Van opvolgend werkgeverschap is sinds 1 juli 2015 sprake ongeacht of ten aanzien van de verrichte arbeid inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer. Deze uitbreiding is vooral relevant bij een doorstart door een niet met de faillerende onderneming gelieerde partij in de situatie dat de werknemer na de doorstart werkzaamheden gaat verrichten die vergelijkbaar (wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden) zijn met het werk dat hij voorheen deed.

De Wwz bevat een gewijzigde regeling van de ontslagvergoeding. In beginsel heeft de werknemer sinds 1 juli 2015 bij ontslag recht op een transitievergoeding (artikel 7:673 lid 1 BW). De transitievergoeding is evenwel niet langer verschuldigd bij surseance van betaling, faillissement of schuldsaneringsregeling (artikel 7:673c lid 1 BW). Dit heeft als doel de voortzetting van de activiteiten buiten faillissement te vergemakkelijken.[21] Een opzegging van de arbeidsovereenkomst bij surseance van betaling doet geen verplichting tot betaling van een transitievergoeding ontstaan. De verplichting tot betaling van de transitievergoeding herleeft niet op het moment dat een surseance wordt opgeheven.[22] Wel zal bij een doorstart uit surseance (of faillissement) voor de opvolgend werkgever gelden dat bij een later ontslag

[19] HR 11 mei 2012, *LJN* BV9603, r.o. 3.4 (*Van Tuinen/Taxicentrale Wolters*).
[20] Dit geldt ook voor de hier niet verder besproken 'Ragetlie-regel' in artikel 7:667 lid 5 BW.
[21] *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 114, Handelingen II 33 818, 54-9-24 en Handelingen II 33 818, 54-9-31.
[22] Ook hier is het doel het vergemakkelijken van een voortzetting van de activiteiten. *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 7, p. 84.

vanwege de werkgever bij de berekening van de dan te betalen transitievergoeding de periode tot aan de surseance (of het faillissement) meetelt.

Ook voor wat betreft (de berekening van) de transitievergoeding geldt de verruimde regeling van het opvolgend werkgeverschap (artikel 7:673 lid 4 sub b BW). Eerdere schakels in de keten, ook die welke vallen vóór een doorstart uit faillissement, tellen derhalve mee voor het bepalen van het bedrag van de transitievergoeding dat een doorstarter bij een eventueel later ontslag verschuldigd zal zijn, ongeacht of inzicht bestond in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer ten aanzien van de verrichte arbeid.

Een gelieerde partij

Met een gelieerde partij bij een doorstart uit faillissement doelt dit rapport op een aan de failliete onderneming gerelateerde partij. Het gaat daarbij in het bijzonder om aandeelhouders (direct of indirect) en/of bestuurders van de failliete onderneming.

Het adviesrecht van de ondernemingsraad

Met het adviesrecht van de ondernemingsraad wordt gedoeld op het adviesrecht van de ondernemingsraad omtrent voorgenomen besluiten van de ondernemer als bedoeld in artikel 25 Wet op de ondernemingsraden (WOR). Het gaat voor wat betreft dit rapport vooral om voorgenomen besluiten tot overdracht van de zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan (artikel 25 lid 1 sub a WOR), tot beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of van een belangrijk onderdeel daarvan (artikel 25 lid 1 sub c WOR), tot een belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming (artikel 25 lid 1 sub d WOR) en/of tot een belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming (artikel 25 lid 1 sub e WOR).

De raadpleging van vakbonden

Met de raadpleging van vakbonden wordt waar het een (voorgenomen) reorganisatie betreft gedoeld op de melding en raadpleging als bedoeld in artikel 3 Wet melding collectief ontslag. Betreft het een voorgenomen doorstart uit faillissement, dan wordt met de raadpleging van vakbonden gedoeld op de kennisgeving, het verstrekken van gegevens en het ruimte bieden voor het vormen van een oordeel aan de zijde van de vakbonden als bedoeld in de artikelen 3 en 4 SER-besluit Fusiegedragsregels 2015 (de ‘Fusiegedragsregels’).

De verplichting tot geheimhouding

Met de verplichting tot geheimhouding in de verhouding tussen ondernemer en ondernemingsraad wordt gedoeld op het bepaalde in artikel 20 Wet op de ondernemingsraden (WOR). Uit deze bepaling vloeit voort dat de leden van de ondernemingsraad zijn verplicht tot geheimhouding van alle zaken- en bedrijfsgeheimen die zij in hun hoedanigheid vernemen, alsmede van alle aangelegenheden ten aanzien waarvan de ondernemer dan wel de ondernemingsraad geheimhouding hun heeft opgelegd of waarvan zij, in verband met opgelegde geheimhouding, het vertrouwelijk karakter moeten begrijpen.

Met de verplichting tot geheimhouding in de verhouding tussen de onderneming en de vakbonden wordt gedoeld op de regeling van de geheimhouding in artikel 7 lid 1 van de Fusiegedragsregels. De Fusiegedragsregels nemen tot uitgangspunt dat over aan de vakbonden gedane kennisgevingen omtrent voorgenomen fusies (een doorstart uit faillissement valt te zien als een fusie in de zin van de Fusiegedragsregels) deze vakbonden geheimhouding moeten betrachten, tenzij het tegendeel schriftelijk aan hen is medegedeeld. Er is ten aanzien van een kennisgeving als zodanig geen keuze voor het al of niet voor geheimhouding tekenen. De geheimhoudingsplicht is voor de vakbonden een gegeven, tenzij schriftelijk is medegedeeld dat voor de kennisgeving geen geheimhouding geldt. De periode waarvoor de geheimhouding geldt is eveneens verwoord in artikel 7 lid 1 van de Fusiegedragsregels: tot het moment dat de voorgenomen fusie openbaar is (tenzij de fusiepartijen en vakbonden anders overeenkomen).

Slechts ten aanzien van het verschaffen van verdere gegevens aan de vakbonden door de bij de voorgenomen fusie betrokken partijen is er een keuze tussen aanvaarding van verzochte geheimhouding of niet. Aanvaardt een vakbond geen geheimhouding, dan betekent dit dat deze vakbond verder niet betrokken hoeft te worden. Reageert de vakbond niet binnen drie dagen op een geheimhoudingsverzoek betreffende het verstrekken van nadere gegevens, dan betekent dit dat de vakbond geheimhouding daaromtrent geacht wordt te hebben aanvaard (artikel 7 leden 2 en 3 Fusiegedragsregels).

2. Oorzaken van de financiële moeilijkheden en de rol van de factor arbeid

2.1 Inleiding

Dit hoofdstuk bevat een weergave van de uitkomsten van het onderzoek met betrekking tot de aanleiding voor de problematische financiële situatie van de door ons onderzochte ondernemingen. Het geeft antwoord op de eerste deelvraag van het onderzoek naar de belangrijkste oorzaken van de problematische financiële situatie van de ondernemingen in de onderzochte gevallen en de rol van de arbeidsrechtelijke positie van de werknemers daarbij. Hoofdstuk 2 gaat derhalve in op de rol van de factor arbeid bij het ontstaan van de financiële problemen van de onderneming.

2.2 Oorzaken van de financiële problemen van de onderzochte ondernemingen en de rol van de arbeidsrechtelijke positie van werknemers

Uit het onderzoek komt naar voren dat de financiële problemen van de onderzochte ondernemingen zelden zijn toe te rekenen aan één oorzaak. Veelal is sprake van een samenstel van factoren dat heeft geleid tot de problematische financiële situatie van de onderneming.

In de onderzochte cases was de arbeidsrechtelijke positie van werknemers slechts in twee gevallen de belangrijkste reden voor de problematische financiële situatie van de onderzochte ondernemingen. Twee van de onderzochte ondernemingen waren (exclusief) actief in het detacheren van personeel dat bij hen in vaste dienst was (case 2 en case 6). Het spreekt voor zich dat een vraaguitval als gevolg van de recessie, gewijzigd overheidsbeleid of toenemende concurrentie van marktpartijen die goedkoper personeel aanbieden, direct gevolgen had voor de financiële positie van de betreffende ondernemingen. In die gevallen was sprake van doorslaggevende invloed van de personeelslasten op de financiële problemen van de ondernemingen. In het geval van case 2 leidden de marktontwikkelingen ertoe dat sommige werknemers slechts konden worden gedetacheerd tegen bedragen die onder de kostprijs lagen.

In de overige cases is niet gebleken dat de arbeidsrechtelijke positie van werknemers de enige of de doorslaggevende factor was voor de problematische financiële situatie van de betrokken ondernemingen. In de cases 17 en 20 speelde de arbeidsrechtelijke positie van werknemers helemaal geen rol. Hieronder volgt een weergave van de belangrijkste oorzaken voor de financiële problemen in de onderzochte cases.

In 24 van de onderzochte gevallen was sprake van een (sterk) teruglopende omzet als gevolg van vraaguitval in de markt, soms veroorzaakt door de economische crisis of gewijzigd overheidsbeleid, terwijl de kosten daar niet adequaat aan konden worden aangepast. De loonkosten van het personeel vormen daarvan een onderdeel. Met betrekking tot case 15 werd door een geïnterviewde opgemerkt dat de onmogelijkheid om personeel flexibel in te zetten om daarmee tegemoet te komen aan de veranderende marktomstandigheden heeft bijgedragen tot de problematische financiële situatie van de onderneming. In zeven van de onderzochte gevallen werden ook de huisvestingslasten genoemd als belangrijke kostenpost die niet

adequaat kon worden aangepast aan de veranderingen in de markt. Ook het feit dat als gevolg van de economische crisis klanten van ondernemingen in betalingsproblemen kwamen (case 16) of kredietverzekeraars beperkingen in de dekking doorvoerden (case 18) werden genoemd als oorzaak van de financiële problemen.

In vier van de onderzochte cases was de problematische financiële situatie mede terug te voeren op (des)investeringsbeslissingen die niet goed hebben uitgepakt. Zo werd ten aanzien van case 1 door geïnterviewden opgemerkt dat een aantal niet goed lopende projecten was opgepakt met verliezen tot gevolg en dat de door de onderneming aangegane 'sale and lease back-transacties' hebben geleid tot langlopende, aanzienlijke en ongunstige huurverplichtingen. In case 4 was sprake van uitbreiding van de onderneming in een krimpende markt waarin al sprake was van overcapaciteit. In case 8 waren de problemen in belangrijke mate terug te voeren op de overname van een onderneming, waarmee niet de beoogde synergievoordelen werden bereikt, in combinatie met een kort nadien optredende vraaguitval in de betreffende markt. Dit speelde in een situatie waarin de vaste kosten door de overname aanzienlijk toenamen, omdat de overgenomen onderneming meer vast personeel in dienst had dan de overnemer, die werkte met een grote flexibele schil. Case 13 betrof de overname van een onderneming in een sterk teruglopende markt in de verwachting dat de markt weer zou aantrekken, hetgeen echter niet (snel genoeg) gebeurde, zodat een vrijwel stil liggend bedrijf met hoge vaste personeels- en huisvestingslasten resteerde.

Ook inefficiënte organisatie- en productiestructuren en het hanteren van business modellen die niet aansloten bij de ontwikkelingen in de markt, werden in vijf van de onderzochte cases genoemd als oorzaak van de financiële problemen.

De financieringsstructuur werd in een viertal gevallen genoemd als oorzaak van de financiële problemen van de onderneming. Case 24 betrof een onderneming die voor haar inkomsten geheel afhankelijk was van haar moedermaatschappij. Deze relatie heeft er volgens geïnterviewden mede aan bijgedragen dat er onvoldoende middelen waren om de kostenstructuur, in het bijzonder ook de personeelskosten, aan te passen aan de veranderende marktomstandigheden. Case 20 vormt in dat kader een bijzonder geval, omdat het daar een goed lopende onderneming betrof met een sterke concurrentiepositie in de markt. De liquiditeitsproblemen werden volgens geïnterviewden in dat geval veroorzaakt door het feit dat de onderneming grote bedragen voor de ontwikkeling en productie voor haar klanten moest voorfinancieren. Ten aanzien van de cases 21 en 23 werd opgemerkt dat de problematische schuldenlast van de onderneming mede was toe te rekenen aan het feit dat de betreffende onderneming in het verleden een of meerdere keren was overgenomen, waarbij aanzienlijke schulden in de vennootschap zijn achtergebleven.

Ook een problematische relatie met een financier die zich terugtrok van de markt, of ongunstiger voorwaarden hanteerde dan voor andere marktpartijen gelden, is genoemd als oorzaak van de (acute) problematische financiële situatie van de onderneming (de cases 9, 16 en 22).

In case 17 lijken financiële problemen geen rol te hebben gespeeld. Ten aanzien van deze case werd door geïnterviewden opgemerkt dat de aanvraag tot verlening van de surseance van

betaling haar grondslag vond in onenigheid binnen de directie, waarbij de aanvraag voor de bank als een verrassing kwam.

In de meeste van de onderzochte cases die hebben geleid tot een insolventieprocedure, zijn een of meer reorganisatierondes aan de insolventieprocedure voorafgegaan in een poging om de kosten, waaronder de personeelskosten, te saneren.

2.3 Conclusie

Deelvraag 1 valt uiteen in twee onderdelen:

- Wat waren de belangrijkste oorzaken van de problematische financiële situatie van de ondernemingen in de onderzochte gevallen?
- Wat was hierbij de rol van de arbeidsrechtelijke positie van de werknemers?

Uit het onderzoek komt naar voren dat de financiële problemen van de onderzochte ondernemingen zelden zijn toe te rekenen aan één oorzaak. Veelal is sprake van een samenstel van factoren dat heeft geleid tot de problematische financiële situatie van de onderneming. In de onderzochte cases was de arbeidsrechtelijke positie van werknemers slechts in twee gevallen de belangrijkste reden voor de problematische financiële situatie van de onderzochte ondernemingen. In de overige cases is niet gebleken dat de arbeidsrechtelijke positie van werknemers de enige of de doorslaggevende factor was voor de problematische financiële situatie van de betrokken ondernemingen. De belangrijkste oorzaken voor de financiële problemen die uit het onderzoek naar voren kwamen, zijn:

- Een teruglopende omzet als gevolg van vraaguitval in de markt
- Een business model dat niet (meer) aansluit bij de ontwikkelingen in de markt
- Een problematische schuldenlast
- Een verkeerd uitgepakte investeringsbeslissing
- Te hoge huisvestingslasten
- Betalingsproblemen bij relaties
- Een problematische relatie met de financier(s)
- Een inefficiënte organisatie- en productiestructuur
- Een problematische financieringsstructuur
- De kredietverzekeraars voeren beperkingen door in de dekking
- De loonkosten van het personeel

3. De zoektocht naar oplossingen en de invloed van de arbeidsrechtelijke positie van werknemers

3.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 kwamen de belangrijkste oorzaken voor de problematische financiële situatie van de onderzochte ondernemingen aan bod. Dit hoofdstuk bevat een bespreking van de uitkomsten van het onderzoek met betrekking tot de wijze waarop de onderzochte ondernemingen een oplossing hebben gezocht voor de problematische financiële situatie waarin zij verkeerden, welke factoren daar een rol bij hebben gespeeld en in het bijzonder de invloed van de arbeidsrechtelijke positie van werknemers op de gemaakte afwegingen. Hoofdstuk 3 gaat derhalve in op de rol van de factor arbeid bij de wijze waarop de onderneming de financiële problemen oplost en bevat de antwoorden op de deelvragen twee tot en met zeven van het onderzoek.

3.2 Factoren die in de praktijk een rol spelen bij de beoordeling van de mogelijke oplossingen voor financiële moeilijkheden

Zoals in hoofdstuk 2 werd geconstateerd, is veelal sprake van een samenstel van factoren dat heeft geleid tot de problematische financiële situatie van de onderneming. In veel gevallen dient, naast een operationele reorganisatie en het afstoten van onrendabele en/of niet tot de core-business behorende onderdelen van de onderneming, een reductie van lasten plaats te vinden over de gehele linie, in het bijzonder personeels-, financierings- en huisvestingslasten, om de problematische financiële situatie het hoofd te bieden. Ook dienen aandeelhouders, indien zij niet bereid of in staat zijn om extra kapitaal te verschaffen terwijl extra geld nodig is, bereid te zijn een stap terug te doen ten gunste van partijen die bereid zijn extra geld in de onderneming te stoppen. Naar huidig recht vereist het bereiken van een dergelijke ‘totaaloplossing’ evenwel de instemming van alle betrokkenen, hetgeen niet steeds eenvoudig of haalbaar blijkt. Een personele reorganisatie die moet leiden tot reductie van de kosten van de factor arbeid is in de meeste gevallen slechts een onderdeel van de oplossing. In sommige gevallen zat het probleem zelfs helemaal niet in de kosten van of een overschot aan personeel (bijvoorbeeld de cases 17 en 20). Om te kunnen reorganiseren is uiteraard van groot belang dat er financiering kan worden gevonden. Als financiers of aandeelhouders niet langer bereid zijn de verliezen op te vangen, is een faillissement onvermijdelijk. Vertrouwen bij de betrokken financiers in het management en de toekomst van het bedrijf is daarvoor cruciaal. Ook de factor tijd speelt een belangrijke rol. In case 1 en case 9 heeft het vroegtijdig ingrijpen en de pro-actieve houding van de ondernemer bijgedragen aan het succes van een informele reorganisatie.

3.3 De invloed van de arbeidsrechtelijke positie van werknemers op de wijze waarop financiële moeilijkheden worden aangepakt

3.3.1 Inleiding

Deze paragraaf bevat een bespreking van de uitkomsten van het onderzoek naar de invloed van de arbeidsrechtelijke positie van werknemers op de wijze waarop een oplossing is gezocht voor de problematische financiële situatie van de onderzochte ondernemingen. In paragraaf 3.3.2 worden de gevallen besproken waar een reorganisatie plaatsvond buiten faillissement of surseance van betaling. Paragraaf 3.3.3 richt zich op de reorganisaties die zijn geëffectueerd in een insolventieprocedure, in het bijzonder het faillissement (al dan niet voorbereid onder begeleiding van een beoogd curator en beoogd rechter-commissaris).

3.3.2 Informele reorganisaties

3.3.2.1 Overzicht cases en gevolgen voor werknemers

Acht van de door ons onderzochte informele reorganisaties zijn (naar het moment van de afsluitdatum van het onderzoek van 16 december 2015) succesvol. De geïnterviewden geven aan dat de betreffende ondernemingen weer ‘zwarte’ cijfers schrijven, verwachten dat dit binnenkort zal gebeuren, of zien in ieder geval weer verbeteringen in het resultaat. Dat wil echter niet zeggen dat er geen knelpunten zijn geconstateerd in het doorlopen reorganisatieproces. Soms lagen die knelpunten in de weigerachtigheid van betrokken stakeholders om hun medewerking te verlenen aan de voor een succesvolle reorganisatie noodzakelijke ‘totaaloplossing’. Maar er zijn ook knelpunten gesignaleerd ten aanzien van de mogelijkheid om het personeelsbestand aan te passen aan de gewijzigde omstandigheden. Deze zullen hierna in paragraaf 3.3.2.1 worden besproken.

In vier gevallen dreigt toch een faillissement of is dat al gevolgd.

Ten aanzien van case 2 is onzeker of een reorganisatie haalbaar is. De verwachting lijkt te zijn dat toch op zeker moment faillissement zal moeten worden aangevraagd. Dit heeft volgens de betrokkenen alles te maken met het business model van de onderneming – detachering van personeel dat de onderneming in vaste dienst heeft en op dit moment, voor zover er detacheringsplekken zijn, ten dele slechts kan ‘uitzetten’ tegen vergoedingen die onder de kostprijs liggen – zodat slechts ‘aan één knop kan worden gedraaid’. De onderhandelingen over het treffen van loonmaatregelen spelen daarbij een belangrijke rol. Een effectieve reorganisatie van het personeelsbestand die een oplossing biedt voor de financiële problemen van de onderneming stuit volgens de onderneming af op het afspiegelingsbeginsel (zie ook hierna, paragraaf 3.3.2.1). Er is geen geld voor een sociaal plan.

Ook voor de ondernemingen uit cases 7 en 8 is de toekomst nog onzeker, ondanks het doorlopen van meerdere reorganisaties.

Case 5 betreft het staken van de onderneming wegens oplopende verliezen die de aandeelhouder – tevens de financier van de onderneming – niet langer wilde dekken. Van het personeel dat resteerde na een eerdere reorganisatie is afscheid genomen met een – door de aandeelhouder gefinancierde – afvloeiingsregeling. Volgens betrokkenen werd daar in het bijzonder voor gekozen – en niet voor het aanvragen van faillissement – in verband met het beschermen van het imago van de onderneming (van de aandeelhouder), het verminderen van het risico op problemen met personeel en bonden en de grotere mate van zekerheid over de totale omvang van de kosten. Uiteindelijk heeft de onderneming alsnog faillissement moeten aanvragen, omdat niet met alle verhuurders van de locaties waar zij actief was geweest tot overeenstemming kon worden gekomen over het beëindigen van de lopende huurovereenkomsten.

3.3.2.2 Knelpunten

Uit het onderzoek komt naar voren dat in sommige cases de regels omtrent het ontslag van werknemers een belemmerende factor vorm(d)en voor het doorvoeren van een passende en effectieve personele reorganisatie. Geïnterviewden wezen daarbij niet slechts op de kosten en de tijd die met ontslagprocedures kunnen zijn gemoeid, maar noemden daarbij ook het afspiegelingsbeginsel als obstakel voor het tot stand brengen van een effectieve reorganisatie. Voorts werd door betrokkenen in een aantal cases opgemerkt dat een – in het licht van de problematische financiële situatie van de onderneming noodzakelijke – versobering van de arbeidsvoorwaarden, zoals het brengen van een (tijdelijk) loonoffer, een oplossing zou of had kunnen bieden maar niet haalbaar lijkt of bleek. Hierna zullen wij deze knelpunten afzonderlijk toelichten.

UWV-ontslagprocedure
In zes van de onderzochte cases werd door geïnterviewden aangegeven dat de UWV-ontslagprocedure voor problemen zorgde bij het doorvoeren van een reorganisatie. In twee gevallen (case 3 en case 5) duurde de ontslagprocedure volgens de geïnterviewden te lang voor een onderneming die haar kosten moet reduceren en niet in staat is langer dan noodzakelijk salarissen door te betalen. In drie gevallen (case 4, case 6 en case 13) werden aangevraagde ontslagvergunningen geweigerd omdat de vraaguitval onvoldoende was aangetoond of het afspiegelingsbeginsel niet juist was toegepast. Tijdens de interviews werd in dit verband door enkele geïnterviewden het belang van een gedegen voorbereiding en voorafgaand overleg met het UWV benadrukt. In één geval (case 15) werd door een geïnterviewde aangegeven dat een reorganisatie van het personeelsbestand niet mogelijk bleek omdat dat zodanig veel geld zou gaan kosten, dat deze kosten uit de toekomstige bedrijfsvoering niet terug te verdienen zouden zijn. De onderneming is uiteindelijk gefailleerd en uit faillissement doorgestart (zie ook hierna, paragraaf 3.3.3).

Afspiegelingsbeginsel
In drie cases (case 2, case 6 en case 15) stond volgens geïnterviewden het afspiegelingsbeginsel in de weg aan een effectieve reorganisatie omdat toepassing van dit beginsel ertoe zou hebben geleid dat in het kader van een reorganisatie afscheid moest worden genomen van goed functionerend personeel, terwijl minder goed functionerend personeel hun baan zouden behouden. Geïnterviewden aan de zijde van de onderneming gaven aan dat om de

onwenselijke gevolgen van het afspiegelingsbeginsel zoveel mogelijk te voorkomen, creatief wordt omgegaan met bijvoorbeeld het unieke functie criterium. Zo wordt getracht zo veel mogelijk van het personeel dat de onderneming graag wil behouden, buiten de afvloeiing te kunnen houden. Kort gezegd komen de in de interviews gesignaleerde problemen erop neer dat in de situatie waarin de betreffende onderneming zich bevond onvoldoende maatwerk bij de selectie van werknemers kan worden geleverd. Een van de geïnterviewde ondernemers gaf aan dat de focus ook teveel ligt op de bescherming van de werknemers die hun baan verliezen en te weinig op het belang dat de werknemers wiens banen behouden blijven werkzaam blijven in een levensvatbare onderneming met goed en gemotiveerd personeel.

Loonoffers

In een viertal van de onderzochte cases (case 2, case 6, case 7 en case 12) is getracht (mede) door middel van een (tijdelijk) loonoffer de continuïteit van de onderneming te waarborgen en een faillissement te voorkomen. Uit het onderzoek komt naar voren dat de vakbonden eigenlijk niet bereid zijn hierover te praten. In twee cases (case 2 en case 7) is geen overeenstemming bereikt over het doorvoeren van een (tijdelijk) loonoffer. In twee cases (case 6 en case 12) hebben de werknemers (in meerderheid) ingestemd met een tijdelijk loonoffer en heeft het tijdelijke loonoffer bijgedragen aan het voorkomen van een faillissement. Een punt van zorg bij de werknemers dat door geïnterviewden in dit verband meer dan eens werd genoemd, is het effect van een dergelijk (tijdelijk) loonoffer op de WW-uitkering van werknemers als de onderneming onverhoopt toch failliet zou gaan. In één van de cases (case 12) is getracht die zorg te adresseren door het loonoffer te clausuleren, in die zin dat het slechts zou gelden voor werknemers die niet in het kader van een verwachte nadere reorganisatieronde hun baan zouden verliezen. Daarmee werd getracht te voorkomen dat werknemers die later alsnog zouden afvloeien een lagere WW-uitkering zouden krijgen.

3.3.2.3 Overleg met ondernemingsraad en bonden

In de onderzochte informele reorganisaties is, waar een ondernemingsraad was ingesteld en vakbonden een rol speelden, steeds gezocht naar overleg. Het moment en de wijze waarop dat overleg plaatsvond, verschilt evenwel. Ook in de onderzochte gevallen waarin geen sprake was van een ondernemingsraad is het personeel op enig moment bij de reorganisatieplannen betrokken.

In veel gevallen zijn bonden en ondernemingsraad in een vroeg stadium door de onderneming in het proces betrokken (cases 1, 2, 5, 6, 10 en 12). Dat overleg verloopt niet noodzakelijkerwijs steeds via de formele lijnen, maar kan ook op informele basis geschieden. Zo merkte een ondernemer in één van de onderzochte cases op: ‘De ondernemingsraad heeft niet formeel geadviseerd of ingestemd met het loonoffer, maar zij zijn wel overal in betrokken en hebben informele toestemming gegeven om het te doen. Ze vonden het erg lastig. Eigenlijk ben je individuele overeenkomsten aan het aanpassen. Ze hadden ook een beetje van ‘wat hebben wij daar als rol en taak in?’ We hebben ze meegenomen in dat proces en zij waren ook voorstander van de keuze om dit te doen, in plaats van faillissement. Binnen onze organisatie waren veel mensen die heel lang voor de organisatie werkten en daar zat ook echt een binding. Dus de loyaliteit was heel hoog.’

Ook werd door diverse geïnterviewden aangegeven dat de ondernemingsraad in veel ondernemingen geen sterke invloed uitoefent. Zo stelde een vakbondsbestuurder: 'De kracht van de ondernemingsraden is helemaal niet zo groot. Of de ondernemingsraad is niet onafhankelijk genoeg, of niet sterk genoeg, weet onvoldoende wat hun kracht of positie is. Zeker bij de kleine ondernemingen, maar ook vaak bij grotere bedrijven. Er zou voor ondernemingsraden veel meer training moeten zijn. Het zou veel duidelijker moeten zijn dat het geen vrijheid blijheid is, dat de wetgever bevoegdheden geeft, maar je ook ergens verantwoordelijk voor maakt.'

In een enkel geval is aangegeven dat de vakbonden zich niet actief met de reorganisatie hebben bemoeid (case 4) of dat het overleg met de vakbonden moeizaam verloopt (cases 2 en 7). De redenen daarvoor zijn bijvoorbeeld gelegen in persoonlijke verhoudingen of de aard van de voorgestelde maatregelen.

In een enkel geval is er pas in een laat stadium contact geweest (cases 3 en 7), waardoor werknemers zich overvallen voelden, hetgeen er in case 3 mede toe heeft geleid dat wel werd ingestemd met de voorgestelde maatregelen, maar op de voorwaarde dat het bestuur zou vertrekken. In case 7 stuitte het plan om de lonen eenzijdig te verlagen op grote weerstand bij werknemers en de werknemersvertegenwoordiging. Na enige schermutselingen en nader overleg is uiteindelijk overeenstemming bereikt over een sociaal plan en de versobering van een beperkt aantal arbeidsvoorwaarden.

Het laat benaderen van de vakbonden en ondernemingsraad kan samen hangen met de korte tijdspanne waarin beslissingen moeten worden genomen die een acuut dreigend faillissement moeten voorkomen. Tijdens de interviews merkte een advocaat ten aanzien van het spanningsveld tussen het raadplegen van de bonden en de ondernemingsraad en de geboden snelheid op: 'Uiteindelijk loop je achter de feiten aan. 'Ik heb adviesrecht', ja goed, maar wij moeten morgen beslissen, want anders is het bedrijf failliet. Als de curator zegt: je moet met de ondernemingsraad en bonden praten, dan probeer je dat ook wel en dat doe je ook. Maar uiteindelijk hebben ze gewoon niks meer te zeggen. Dat is het punt. En dat is één van de dingen: welke rol zou je de bonden nog wel in die voorfase kunnen geven? Hoe kun je die bonden nou echt een serieuze positie geven zonder afbreuk te doen aan het feit dat je soms in 24 uur stappen moet nemen waar je normaal een maand over doet? Je zou regelingen moeten kunnen maken die zijn toegespitst op die snelheid. Dat zal niet makkelijk zijn. Doordat je de tijd in zo'n situatie niet hebt, worden de bonden vaak helemaal buitenspel gezet. Dat vind ik niet goed, maar de vraag is: hoe zou je dat wel kunnen doen?'

3.3.3 Formele reorganisaties

3.3.3.1 Overzicht cases en gevolgen voor werknemers

De ondernemingen in de cases 13-26 zijn gesaneerd in een insolventieprocedure. Met uitzondering van case 17, waar de onderneming vanuit surseance van betaling door middel van een aandelentransactie is overgenomen, heeft sanering plaatsgevonden door middel van een doorstart vanuit faillissement.

In zeven van de onderzochte cases vond een doorstart van (delen van) de onderneming plaats na een voorbereidingsperiode onder begeleiding van een beoogd curator en rechter-commissaris ('pre-pack'): de cases 14, 16, 18, 20, 23, 25 en 26. In zes van de onderzochte cases was sprake van een doorstart zonder pre-pack: de cases 13, 15, 19, 21, 22, 24. In drie cases volgde het faillissement op een korte periode van surseance van betaling: de cases 18, 22 en 24.

Uit het onderzoek komt naar voren dat in de onderzochte cases een aanzienlijk deel van de werkgelegenheid behouden is gebleven na een doorstart uit faillissement, zowel in het geval van een doorstart met pre-pack als zonder pre-pack. In de cases waarbij slechts een gering percentage van de werknemers door de doorstartende partij is overgenomen, was sprake van een veranderd business model dat minder werknemers vereiste (case 16) of had – volgens betrokkenen – meer werkgelegenheid behouden kunnen blijven indien de doorstart goed en tijdig was voorbereid (case 24).[23]

Voor de volledigheid worden hieronder kort de gevolgen voor de werknemers per case weergegeven.

In case 13 is ca. 50% van het personeel overgenomen in het kader van de doorstart. Kort na de overname kwamen de bedrijfsactiviteiten stil te liggen, onder meer omdat de markt onvoldoende aan trok en de onderneming kampte met ziekteverzuim. Korte tijd na de overname is ook de doorgestarte onderneming gefailleerd.

In case 14 is ongeveer 75% van de arbeidsplaatsen behouden na de doorstart. De arbeidsvoorwaarden van de overgenomen werknemers zijn aangepast aan het niveau van het personeel van de arbeidsvoorwaarden van de overnemende partij.

In case 15 is ongeveer 85% van de arbeidsplaatsen behouden gebleven.

In case 16 heeft, in het licht van het sterk veranderde business-model van de onderneming na de doorstart, slechts een zeer gering deel van de werknemers hun baan behouden.

In case 17 zijn nagenoeg geen personele veranderingen opgetreden.

In case 18 is ruim de helft van het aantal arbeidsplaatsen na de doorstart behouden gebleven.

In case 19 is ongeveer 80% van het aantal arbeidsplaatsen behouden gebleven.

In case 20 zijn alle werknemers in dienst getreden bij de doorstarter tegen overigens ongewijzigde arbeidsvoorwaarden.

[23] Bij de formele reorganisatie is sprake van een vaste peildatum. De datum van het faillissement en de datum van de doorstart staan vast en vallen vaak (nagenoeg) samen. Bij de informele reorganisaties ontbreekt een vaste peildatum en zit er tussen de start van de reorganisatie en het einde van de opzegtermijnen van de in het kader van de reorganisatie ontslagen werknemers een aanzienlijke periode. Daarom valt de analyse in de tekst betreffende de formele reorganisatie bij informele reorganisaties niet te maken op een met de formele reorganisatie vergelijkbare wijze.

In case 21 heeft bijna 60% van het personeel bij de doorstart hun baan behouden tegen ongewijzigde arbeidsvoorwaarden; inmiddels is het personeelsbestand weer op het oude niveau.

In case 22 is ongeveer 80% van de banen behouden gebleven.

In case 23 heeft ongeveer 80% van de personeelsleden uiteindelijk hun baan behouden tegen nagenoeg dezelfde arbeidsvoorwaarden.

In case 24 zal naar verwachting slechts 15-20% van de arbeidsplaatsen behouden blijven, gelet op de beperkte doorstart. Volgens de curator had een goed voorbereide insolventie kunnen leiden tot een kansrijker doorstart met behoud van meer werkgelegenheid.

In case 24 is ruim 90% van het aantal arbeidsplaatsen behouden gebleven tegen deels gewijzigde arbeidsvoorwaarden.

In case 26 is ruim 90% van het aantal arbeidsplaatsen behouden gebleven tegen gelijke arbeidsvoorwaarden.

3.3.3.2 Faillissement of niet?

Uit de interviews komt duidelijk naar voren dat een faillissement door betrokkenen veelal als onwenselijk wordt bestempeld. Betrokkenen geven aan een faillissement liever te vermijden en ook bereid zijn daar veel voor te doen. Overwegingen die in dat kader zijn genoemd, betreffen de vrees bij betrokkenen voor reputatieschade, het risico dat direct verlies aan klanten zal optreden zodra de financiële problemen openbaar worden, zodat het voortbestaan van de onderneming als gevolg daarvan in gevaar komt en het verlies aan waarde waarmee een faillissement gepaard gaat. Ook wijzen betrokkenen op het feit dat een faillissement leidt tot verlies aan controle over de onderneming en dat (ook indien een doorstart uit faillissement wordt voorbereid onder begeleiding van een beoogd curator en rechter-commissaris) allerminst zeker is dat het zittende bestuur of de aandeelhouders in staat zullen zijn de onderneming uit faillissement te verwerven. In sommige gevallen is een doorstart uit faillissement lastig omdat de verschillende onderdelen van de onderneming wegens onderlinge verwevenheid niet goed van elkaar kunnen worden gescheiden (zie bijvoorbeeld case 1), of niet mogelijk, bijvoorbeeld omdat als gevolg van een faillissement voor de bedrijfsvoering noodzakelijke vergunningen vervallen of omdat het vooruitzicht bestaat dat er geen koper gevonden kan worden (zie bijvoorbeeld case 1).

Voor de oorzaken van het faillissement per case wordt verwezen naar het als bijlage 3 opgenomen overzicht van cases.

In geen van de onderzochte cases was het faillissement aangevraagd met enkel als doel een personele reorganisatie door te voeren.

3.3.3.3 Wel of geen pre-pack?

In zeven van de onderzochte cases was de doorstart uit faillissement voorbereid onder begeleiding van een beoogd curator en rechter-commissaris. Als redenen voor het gebruik van het instrument van de pre-pack zijn door betrokkenen genoemd: het voorkomen van schade aan de onderneming als gevolg van het openbare karakter van het faillissement (weglopen klanten, leveranciers, etc.) en daarmee het behoud van waarde voor de stakeholders (in het bijzonder de schuldeisers), het waarborgen van dienstverlening, het behoud van werkgelegenheid en het voorkomen van maatschappelijke onrust.

Een voorbereide doorstart van (delen van) de onderneming uit faillissement, wordt door de meeste geïnterviewden niet gezien als een keuze die lichtvaardig wordt gemaakt (zie ook hiervoor). Enkele geïnterviewde advocaten gaven aan dat ondernemers met belangstelling voor een reorganisatie door middel van een pre-pack alsnog een andere route kozen nadat zij waren voorgelicht over wat een faillissement eigenlijk inhoudt en dat het allerminst zeker was dat de onderneming door middel van een pre-pack ‘eenvoudig’ in afgeslankte vorm zou kunnen worden teruggekocht. In enkele gevallen werd door geïnterviewde curatoren opgemerkt dat als de doorstart zou zijn voorbereid, een bredere doorstart met meer behoud van werkgelegenheid en meer behoud aan waarde voor de schuldeisers had kunnen worden gerealiseerd.

Ook blijkt uit het onderzoek dat rechters veelal kritisch toetsen of een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator niet wordt gedaan om onoorbare doelen na te streven en daarop doorvragen bij de onderneming. De rechter stelt in een enkel geval aanvullende voorwaarden, zoals het openbaar maken van de voorgenomen verkoop teneinde potentieel geïnteresseerden in staat te stellen een bod uit te brengen, aan het toewijzen van het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator. Dit was bijvoorbeeld het geval in case 26, waar sprake was van interesse in doorstart van de onderneming door een aan de onderneming gerelateerde partij. Ook het oordeel van de door de rechtbank aangewezen beoogd curator is bij het al dan niet voortzetten van het pre-pack proces van groot belang.

De pre-pack praktijk heeft de afgelopen jaren een ontwikkeling doorgemaakt. Niet alleen curatoren hebben een visie ontwikkeld over hun rol in het proces. De bankiers gaven aan dat ook banken dit hebben gedaan. Zo heeft één bank een ‘code of conduct’ inzake (voorbereide) doorstarts opgesteld waarin uitdrukkelijk aandacht wordt besteed aan de positie van werknemers in de doorstart.

In de interviews kwam het belang dat partijen hechten aan een goede marktverkenning en een goede inrichting van het biedingsproces sterk naar voren. In enkele cases was voorafgaand aan de aanwijzing van een beoogd curator door het bestuur van de onderneming al een biedingsproces in gang gezet of in kaart gebracht of en, zo ja, bij welke partijen interesse zou kunnen bestaan in overname van de onderneming.

In vier van de cases waarin van een pre-pack gebruik is gemaakt, gaven betrokkenen aan dat zonder de stille voorbereidingsfase een soortgelijk resultaat niet had kunnen worden bereikt

(de cases 14, 20, 23, 25). In cases 21 en 24 stelden de curatoren dat een pre-pack fase tot een betere uitkomst zou hebben geleid.

In vijf van de zeven cases met een pre-pack is de onderneming uit faillissement verkocht aan partijen gerelateerd aan de onderneming, zoals zittende aandeelhouders of management (de cases 16, 18, 23, 25, 26). In die gevallen is het voorkomen van misbruik en prijsvorming een punt van aandacht. Dat kwam ook terug in de interviews. De rechtbank, die de beoogd curator moet aanwijzen, en de beoogd curator en rechter-commissaris hebben in dit verband een belangrijke rol. De rechtbank toetst of de zaak zich leent voor een pre-pack of dat slechts sprake is van een opzetje om de onderneming in afgeslankte vorm terug te kopen, en de beoogd curator en rechter-commissaris moeten datzelfde doen en beoordelen in hoeverre sprake is van voldoende marktverkenning en medewerking van de onderneming aan dat proces.

In een enkel geval is tijdens de voorbereidingsperiode slechts gesproken met het management of de aandeelhouders die interesse hadden getoond om de onderneming in afgeslankte vorm over te nemen en voort te zetten en is volstaan met een toets op de geboden prijs bijvoorbeeld door het laten uitvoeren van taxaties van de betrokken onderneming. In andere gevallen heeft de beoogd curator aangedrongen op een bredere marktverkenning of heeft hij die zelf geïnitieerd. In case 18 meldden zich geïnteresseerde partijen bij de bewindvoerder nadat surseance van betaling was verleend, maar bleken deze partijen slechts geïnteresseerd in overname van een beperkt deel van de onderneming, met aanzienlijk minder behoud van werkgelegenheid. In dat geval bleek het bod van de oorspronkelijke aandeelhouder uiteindelijk voor de boedel en de werknemers het meest gunstig.

3.3.3.4 De rol van de vakbonden en de ondernemingsraad

In de meeste gevallen zijn, voor zover ingesteld en betrokken, de ondernemingsraad en de vakbonden pas geïnformeerd direct voordat of nadat het verzoek tot faillietverklaring was ingediend of het faillissement was uitgesproken. Van medezeggenschap ten aanzien van de besluitvorming omtrent de faillissementsaanvraag (en de voorbereiding van een doorstart) lijkt in geen van de onderzochte cases sprake te zijn geweest. In de meeste van de onderzochte gevallen gold dit ook voor een tijdens faillissement uitonderhandelde doorstart.

Waar het de stille voorbereidingsfase van de pre-pack betreft, lijkt het eerder regel dan uitzondering dat de bonden of ondernemingsraad niet op een zodanig tijdstip worden geïnformeerd dat zij kunnen meepraten over de besluitvorming. In de meeste van de onderzochte cases waarin sprake was een pre-pack, zijn (individuele leden van) de ondernemingsraad of de vakbonden pas direct voorafgaand of na het uitspreken van het faillissement betrokken. Betrokkenen geven aan dat vooral ten aanzien van de vakbonden in het bijzonder zorgen bestaan op het vlak van de geheimhouding.

In een enkel geval heeft de beoogd curator bij de onderneming aangedrongen op het inlichten van de ondernemingsraad tijdens de stille voorbereidingsfase (case 16). In case 25 heeft de beoogd curator tijdens de stille voorbereidingsfase de ondernemingsraad op de hoogte gehouden van de ontwikkelingen en het plan van aanpak. De beoogd curator heeft de

mogelijke overnamekandidaten met de ondernemingsraad besproken. Tijdens deze fase is geen contact geweest met de vakbond. Ook in case 26 is de voorzitter van de ondernemingsraad in staat gesteld zich uit te laten over de doorstart zoals die was voorbereid tijdens de stille voorbereidingsfase. De vakbonden zijn in case 26 niet betrokken bij de besluitvorming.

Tijdens faillissement of surseance van betaling lijken de vakbonden of (leden van de) ondernemingsraad slechts in enkele gevallen actief betrokken te zijn bij de besluitvorming door de curator, respectievelijk bewindvoerder. In case 15 is door de curator contact onderhouden met de vakbond; dit was informatief van aard. In case 18 heeft de bewindvoerder tijdens de surseance die volgde op de stille voorbereidingsfase één lid van de ondernemingsraad ingelicht over de stand van zaken en is ook de vakbond onder geheimhouding geïnformeerd. Werknemers zijn gedurende de surseance op de hoogte gehouden van actuele ontwikkelingen. In case 19 heeft de curator overleg gehad over de bij hem binnengekomen biedingen met de vakbonden en is de ondernemingsraad in de gelegenheid gesteld daarover advies uit te brengen. De vakbonden en de ondernemingsraad zijn gedurende het overnameproces op de hoogte gehouden van de voortgang. Iedere twee weken vond overleg plaats tussen de curator en de ondernemingsraad. In case 22 heeft de ondernemingsraad zich als zodanig niet ingelaten met het overnameproces tijdens faillissement. Wel was er intensief contact tussen curator en personeel en is het personeel zo goed mogelijk geïnformeerd over de stappen die werden genomen. In case 24 heeft de voorzitter van de ondernemingsraad direct na het verlenen van de surseance van betaling contact gezocht met de bewindvoerder om te praten over de perspectieven van een doorstart van (delen van) de onderneming. De ondernemingsraad en de vakbonden zijn voorafgaand aan het ontslag door de curator wel door de curator geraadpleegd, maar zij konden toen al niet veel meer doen (en erkenden dat ook).

3.3.3.5 Selectie en arbeidsvoorwaarden van overgenomen werknemers

De selectie van het personeel dat na een doorstart een arbeidsovereenkomst krijgt aangeboden bij de doorstarter en de vaststelling van de daarbij behorende arbeidsvoorwaarden is in handen van de doorstarter.

Door enkele geïnterviewden werd de selectie van het personeel in het kader van een doorstart genoemd als een onderwerp dat aandacht behoeft. De selectiecriteria die door de overnemende partijen worden toegepast, liggen niet vast en wisselen dan ook van geval tot geval. In de onderzochte cases werd het afspiegelingsbeginsel niet gehanteerd. Selectie vond plaats op basis van sleutelposities binnen de doorgestarte onderneming, de benodigde kennis in de nieuwe organisatie, opleiding, ervaring, woonplaats en de wens om de doorgestarte onderneming tegen zo laag mogelijke kosten en met zo hoog mogelijke productiviteit te kunnen exploiteren.

Ook de wijze waarop de selectie heeft plaatsgevonden ligt niet vast en varieert dan ook van geval tot geval. In case 19 werd de selectie gebaseerd op individuele gesprekken van de doorstartende partij met alle personeelsleden, zonder inzage in de personeelsdossiers. In case 21 had de doorstarter inzage in een geanonimiseerde personeelslijst met gegevens over het

salaris, de positie en het type contract van de betreffende werknemers en werd de keuze bepaald op aangeven van het overgenomen management. In case 24 vond de selectie plaats op basis van geanonimiseerde personeelsoverzichten.

Onduidelijkheid over de gehanteerde selectiecriteria heeft in enkele gevallen tot onbegrip en onrust geleid bij het personeel van de gefailleerde onderneming. In een enkel geval is ook door de vakbonden bezwaar gemaakt tegen de gehanteerde selectiecriteria.

In enkele gevallen is de aard van de arbeidsovereenkomst (vast of tijdelijk) van het overgenomen personeel aangepast of heeft een wijziging plaatsgevonden in de arbeidsvoorwaarden, terwijl in andere gevallen (nagenoeg) geen wijzigingen zijn opgetreden.

Curatoren bemoeien zich in beginsel niet met de selectie van het personeel door de doorstarter. De mate waarin personeel mee overgaat is wel een belangrijk aspect dat wordt meegenomen in het biedingsproces. In dit proces wordt expliciet naar het punt gevraagd en er wordt op gestuurd. Dat gebeurt overigens wel vanuit de leidende gedachte dat het de taak van de curator is een zo hoog mogelijke opbrengst voor de schuldeisers te realiseren. Curatoren maken een rekensom, waarin de besparingen op de boedelvorderingen die overname van personeel met zich brengen, worden meegenomen. Curatoren maken met de doorstartende partij afspraken over het aantal werknemers dat bij de doorstarter een arbeidsovereenkomst zal krijgen, in sommige gevallen uitgebreid met een inspanningsverplichting om zoveel mogelijk andere werknemers een dienstverband aan te bieden. In een enkel geval worden ook afspraken gemaakt over de door de doorstarter aan te bieden arbeidsvoorwaarden.

In een enkel geval hebben vakbonden of personeelsvertegenwoordigingen de gelegenheid gekregen zich uit te laten over de voorgenomen doorstart en de implicaties daarvan voor de arbeidsovereenkomsten van het personeel.

De geïnterviewde bankiers gaven aan dat behoud van werkgelegenheid ook voor hen een factor is in de beslissing om een doorstart te steunen. Zij kijken daarbij kritisch naar de omvang van het over te nemen personeel, maar vooral vanuit het perspectief dat de doorstartende onderneming rendabel moet kunnen opereren. Zij gaven aan zich niet te bemoeien met de selectie van het personeel of de invulling van de arbeidsvoorwaarden.

3.4 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn de uitkomsten van het onderzoek weergegeven met betrekking tot de wijze waarop de onderzochte ondernemingen een oplossing hebben gezocht voor de problematische financiële situatie waarin zij verkeerden, welke factoren daarbij een rol hebben gespeeld en in het bijzonder de invloed van de arbeidsrechtelijke positie van werknemers op de gemaakte afwegingen. Hierbij is een onderscheid gemaakt tussen de cases waarbij een surseance of faillissement speelde (formele reorganisaties) en de cases waarbij dat niet het geval was (informele reorganisaties). Dit hoofdstuk geeft daarmee een antwoord op deelvragen twee tot en met zeven, die hierna achtereenvolgens de revue zullen passeren.

Deelvraag 2: Hoe verhield in de onderzochte gevallen de arbeidsrechtelijke positie van de werknemers zich tot de (on)mogelijkheden om de problematische financiële situatie van de betreffende ondernemingen op te lossen?

In het onderzoek zijn enkele knelpunten gesignaleerd ten aanzien van de mogelijkheid om – buiten een insolventieprocedure om – het personeelsbestand of de personeelslasten aan te passen aan de gewijzigde omstandigheden. Uit het onderzoek komt naar voren dat in sommige cases de regels omtrent het ontslag van werknemers een belemmerende factor vorm(d)en voor het doorvoeren van een passende en effectieve personele reorganisatie (case 2, case 6, case 15). Daarbij kan worden gewezen op de kosten en de tijd die in sommige gevallen met ontslagprocedures zijn gemoeid. Ook het afspiegelingsbeginsel is genoemd als een obstakel voor het tot stand brengen van een effectieve reorganisatie. Voorts blijkt het problematisch om een – in het licht van de financiële situatie van de onderneming noodzakelijke – versobering van de arbeidsvoorwaarden, zoals het brengen van een (tijdelijk) loonoffer, tot stand te brengen (case 2, case 6, case 7, case 12; zie nader paragraaf 3.3.2.1).

Deelvraag 3: Wat is het vervolg van die situatie geweest voor de onderneming, bijvoorbeeld: faillissement en opheffing, herstructurering door middel van een faillissement, doorstart met pre-pack, doorstart zonder pre-pack, doorstart gezonde bedrijfsonderdelen of andere uitkomsten?

De door ons onderzochte cases 1 tot en met 12 betroffen informele reorganisaties. Acht van de door ons onderzochte informele reorganisaties zijn (naar het moment van de afsluitdatum van het onderzoek van 16 december 2015) succesvol: de betreffende ondernemingen schrijven weer ‘zwarte’ cijfers, verwachten dat binnenkort te gaan doen, of zien in ieder geval weer verbeteringen in het resultaat (zie paragraaf 3.3.2). Dat wil echter niet zeggen dat er geen knelpunten zijn geconstateerd in het doorlopen reorganisatieproces (zie ook vraag 2 en paragraaf 3.3.2.1). In vier gevallen dreigt toch een faillissement of is dat al gevolgd.

De ondernemingen in de cases 13-26 zijn gesaneerd door middel van een insolventieprocedure, waarover paragraaf 3.3.3. Met uitzondering van een case, waar de onderneming vanuit surseance van betaling door middel van een aandelentransactie is overgenomen, heeft sanering plaatsgevonden door middel van een doorstart vanuit faillissement. In zeven van de onderzochte cases vond een doorstart van (delen van) de onderneming plaats na een voorbereidingsperiode onder begeleiding van een beoogd curator en rechter-commissaris (‘pre-pack’). In zes van de onderzochte cases was sprake van een doorstart zonder pre-pack. In drie cases volgde het faillissement op een korte periode van surseance van betaling. Uit het onderzoek komt naar voren dat in de onderzochte cases een aanzienlijk deel van de werkgelegenheid behouden is gebleven na een doorstart uit faillissement, zowel in het geval van een doorstart met pre-pack als zonder pre-pack. In de cases waarbij slechts een gering percentage van de werknemers door de doorstartende partij is overgenomen, was sprake van een veranderd business model dat minder werknemers vereiste of had – volgens betrokkenen – meer werkgelegenheid behouden kunnen blijven indien de doorstart goed en tijdig was voorbereid.

Deelvraag 4: In welke mate gaf de arbeidsrechtelijke positie van werknemers de doorslag tot dit specifieke vervolg? Wat waren de voor- en nadelen hiervan voor de verschillende partijen?

Uit het onderzoek komt naar voren dat de arbeidsrechtelijke positie van werknemers in twee van de onderzochte cases van doorslaggevende betekenis is voor het specifieke vervolg. Het betreft in beide gevallen ondernemingen die (exclusief) actief zijn in het detacheren van personeel dat bij hen in vaste dienst is en waarbij de arbeidsrechtelijke positie ook van doorslaggevende betekenis is geweest bij het ontstaan van de problematische financiële situatie. In de overige cases was de arbeidsrechtelijke positie van werknemers in het geheel niet van invloed op het specifieke vervolg, omdat de problematische financiële situatie werd veroorzaakt door geheel andere factoren dan de loonkosten, of één van de factoren waarvoor een oplossing moest worden gezocht. In het laatste geval spelen bij de beantwoording van de vraag of een informele reorganisatie haalbaar is, verschillende factoren een rol. Zoals in hoofdstuk 2 werd geconstateerd, zijn de financiële problemen van de onderzochte ondernemingen zelden toe te rekenen aan één oorzaak. Veelal is sprake van een samenstel van factoren dat heeft geleid tot de problematische financiële situatie van de onderneming. In veel gevallen dient, naast een operationele reorganisatie en het afstoten van onrendabele en/of niet tot de core-business behorende onderdelen van de onderneming, een reductie van lasten plaats te vinden over de gehele linie, in het bijzonder personeels-, financierings- en huisvestingslasten, om de problematische financiële situatie het hoofd te bieden. Naar huidig recht vereist het bereiken van een dergelijke ‘totaaloplossing’ evenwel de instemming van alle betrokkenen, hetgeen niet steeds eenvoudig of haalbaar blijkt. Voor wat betreft het tot stand brengen van een informele reorganisatie, is ook van belang in hoeverre de in dit onderzoek geconstateerde knelpunten kunnen worden opgelost (zie paragraaf 3.3.2.1). Bovendien moet er financiering kunnen worden gevonden. Als financiers of aandeelhouders niet langer bereid zijn de verliezen op te vangen, is een faillissement onvermijdelijk.

Uit de interviews komt duidelijk naar voren dat een faillissement (al dan niet voorbereid onder begeleiding van een beoogd curator en rechter-commissaris) door betrokkenen veelal als onwenselijk wordt bestempeld. Betrokkenen geven aan een faillissement liever te vermijden en ook bereid te zijn daar veel voor te doen (zie paragraaf 3.3.3.2). Een voorbereide doorstart van (delen van) de onderneming uit faillissement, wordt door de meeste geïnterviewden niet gezien als een keuze die lichtvaardig wordt gemaakt. Het nut van de stille voorbereidingsfase bij het bereiken van een doorstart en daarmee het behoud van werkgelegenheid werd tijdens de interviews onderstreept, vergelijk paragraaf 3.3.3.3. In geen van de onderzochte gevallen is gebleken dat het faillissement is aangevraagd met het oog op enkel een sanering van (een deel van) het personeelsbestand, zie paragraaf 3.3.3.2).

Ten aanzien van de mate waarin de ondernemingsraad en de bonden in het proces worden betrokken, is in de onderzochte cases een duidelijk onderscheid zichtbaar tussen de informele reorganisaties en de formele reorganisaties.

In de onderzochte informele reorganisaties is, waar een ondernemingsraad was ingesteld en vakbonden een rol speelden, steeds gezocht naar overleg. Het moment en de wijze waarop dat overleg plaatsvond, verschilt evenwel. Ook in de onderzochte gevallen waarin geen sprake

was van een ondernemingsraad is het personeel op enig moment bij de reorganisatieplannen betrokken.

In de meeste van de onderzochte gevallen waarin een reorganisatie plaatsvond uit een faillissement zijn, voor zover ingesteld en betrokken, de ondernemingsraad en de vakbonden pas geïnformeerd direct voordat of nadat het verzoek tot faillietverklaring was ingediend of het faillissement was uitgesproken. Van medezeggenschap ten aanzien van de besluitvorming omtrent de faillissementsaanvraag (en de voorbereiding van een doorstart) lijkt in geen van de onderzochte cases sprake te zijn geweest. In de meeste van de onderzochte gevallen gold dit ook voor een tijdens faillissement uitonderhandelde doorstart.

Hieronder geven wij een overzicht van de uit het onderzoek naar voren gekomen voor- en nadelen van informele reorganisaties aan de ene kant en formele reorganisaties aan de andere kant. Wij richten ons hierbij op het werkgevers- en het werknemersperspectief.

	Werkgeversperspectief[24]	**Werknemersperspectief**[25]
Informele reorganisaties		
Voordelen	- behoud van (controle over) de onderneming - behoud van controle over het reorganisatieproces - beperking reputatieschade (naar markt en personeel) - beperking overige desintegratieschade - behoud continuïteit van de dienstverlening binnen dezelfde rechtspersoon - kans om verliezen goed te maken	- behoud aanzienlijk deel werkgelegenheid - objectieve selectiecriteria - verschuldigdheid afvloeiingsvergoedingen - toetsing vooraf van noodzaak tot reorganiseren - feitelijke medezeggenschap - sterke bescherming niveau arbeidsvoorwaarden
Nadelen	- noodzaak tot financiering verliezen - zeer beperkte vrijheid bij selectie personeel - verschuldigdheid afvloeiingsvergoedingen - duur en kosten UWV procedure - oplossing financiële problemen vereist instemming van alle betrokkenen - (tijdelijk) loonoffer of aanpassing in andere arbeidsvoorwaarden in beginsel alleen mogelijk met individuele instemming werknemers	- afspiegelingsbeginsel houdt geen rekening met functioneren van individuele werknemers (goed functionerende werknemers kunnen hun baan verliezen) - baanbehoud door middel van (tijdelijk) loonoffer of aanpassing in andere arbeidsvoorwaarden in beginsel alleen mogelijk met individuele instemming werknemers - WW risico voor werknemers bij (tijdelijk) loonoffer

[24] Hieronder begrijpen wij zowel de bestaande werkgever (en de aandeelhouders) als de eventuele doorstarter.
[25] Hieronder begrijpen de werknemers, alsmede de ondernemingsraden en de vakbonden.

Formele reorganisaties

Voordelen	- vrije selectie over te nemen personeel - mogelijkheid tot aanpassing arbeidsvoorwaarden - geen ontslagbescherming - geen verschuldigdheid afvloeiingsvergoeding in faillissement (en onder WWZ evenmin in surseance)	- behoud aanzienlijk deel werkgelegenheid bij (voorbereide) doorstart
Nadelen	- verlies van controle over de onderneming - verlies van controle over het reorganisatieproces - desintegratieschade - reputatieschade	- in de praktijk zeer beperkte medezeggenschap - geen objectieve selectiecriteria (geen toepassing afspiegelingsbeginsel) - geen ontslagbescherming - geen afvloeiingsvergoeding

Deelvraag 5: In hoeverre leidde de arbeidsrechtelijke positie van werknemers tot gebruik van het faillissementsrecht om schulden te saneren en/of personeel te laten afvloeien?

Verwezen wordt naar hetgeen hieromtrent bij de vorige deelvragen is opgemerkt. In geen van de onderzochte gevallen is gebleken dat het faillissement is aangevraagd met het oog op enkel een sanering van (een deel van) het personeelsbestand (zie paragraaf 3.3.3.2).

Deelvraag 6: Had een andere arbeidsrechtelijke positie van werknemers kunnen leiden tot een ander vervolg (met name voor een doorstart van de onderneming, de opbrengsten voor schuldeisers en/of voor de werknemers/werkgelegenheid)? Zo nee, waarom niet? Zo ja, welke andere positie en welk vervolg? Wat zouden de voor- en nadelen hiervan voor de verschillende partijen zijn geweest?

Deze vraag is speculatief van aard. In de onderzochte cases zou een andere arbeidsrechtelijke positie van werknemers waarschijnlijk niet tot een ander reorganisatietraject hebben geleid (informele reorganisatie versus formele reorganisatie). In geen van de onderzochte cases was het faillissement aangevraagd met het enkele doel om een personele reorganisatie door te voeren. De financiële problemen die leidden tot het faillissement van de onderzochte ondernemingen werden veroorzaakt door een samenstel van factoren.

Wel kan worden opgemerkt dat een andere arbeidsrechtelijke positie van werknemers invloed zou kunnen hebben op de uitkomsten voor individuele werknemers in concrete gevallen. Tijdens het onderzoek is door een geïnterviewde bijvoorbeeld opgemerkt dat de mogelijkheid van een (tijdelijk) loonoffer had kunnen bijdragen aan het voorkomen van verlies van werkgelegenheid. Ook de selectie van personeel bij een doorstart uit faillissement of in een informele reorganisatie hangt af van de daarvoor geldende criteria.

Uit het onderzoek komt naar voren dat het adresseren van de ten aanzien van informele reorganisaties gesignaleerde knelpunten (duur ontslagprocedure, met het ontslag samenhangende kosten, afspiegelingsbeginsel, mogelijkheden tot (tijdelijk) loonoffer) een bijdrage zou kunnen leveren aan de mogelijkheden om een onderneming buiten een insolventieprocedure te reorganiseren. Het bereiken van een gezond evenwicht tussen de belangen van de onderneming en de daarmee in de toekomst verbonden werkgelegenheid en de belangen van het personeel dat afvloeit, is daarbij uiteraard van groot belang. Door geïnterviewden is in dit verband wel opgemerkt dat er mogelijkheden zouden moeten zijn voor maatwerk bij de selectie van het personeel (zie nader paragraaf 3.3.2.1).

Door enkele geïnterviewden werd de selectie van het personeel in het kader van een doorstart genoemd als een onderwerp dat aandacht behoeft. Uit de onderzochte cases komt naar voren dat de selectie van het personeel dat na een doorstart uit faillissement een arbeidsovereenkomst krijgt aangeboden en de vaststelling van de daarbij behorende arbeidsvoorwaarden in handen is van de doorstarter. De selectiecriteria die door de overnemende partijen worden toegepast, liggen niet vast en wisselen dan ook van geval tot geval. Ook de wijze waarop de selectie plaatsvindt varieert. Onduidelijkheid over de gehanteerde selectiecriteria heeft in enkele gevallen tot onbegrip en onrust geleid bij het personeel van de gefailleerde onderneming. In enkele gevallen is de aard van de arbeidsovereenkomst (vast of tijdelijk) van het overgenomen personeel aangepast of heeft een wijziging plaatsgevonden in de arbeidsvoorwaarden, terwijl in andere gevallen (nagenoeg) geen wijzigingen zijn opgetreden (zie paragraaf 3.3.3.5).

Deelvraag 7: Had een andere arbeidsrechtelijke positie van werknemers kunnen leiden tot een andere mate van risico op oneigenlijk gebruik van het faillissementsrecht? Zo nee, waarom niet? Zo ja, waarom en welke mate van risico?

In geen van de onderzochte gevallen is gebleken dat het faillissement is aangevraagd met het oog op enkel een sanering van (een deel van) het personeelsbestand (zie paragraaf 3.3.3.2). Van misbruik van faillissementsrecht is in de onderzochte cases niet gebleken.

4. Opvattingen omtrent wijzigingen in de arbeidsrechtelijke positie van werknemers die de reorganisatie van ondernemingen in financiële moeilijkheden zouden kunnen bevorderen

4.1 Inleiding

Dit hoofdstuk behandelt de uitlatingen van de geïnterviewden omtrent deelvraag 8. Wij hernemen deze vraag: op welke manier, en in welke mate, zouden veranderingen in de arbeidsrechtelijke positie van werknemers (voor of na faillissement) naar verwachting kunnen bijdragen aan:

- het eenvoudiger kunnen ‘redden’ of doorstarten van bedrijven, en/of
- het verminderen van de nadelen van een faillissement voor de werknemers/-werkgelegenheid en de schuldeisers, en/of
- het risico op oneigenlijk gebruik van het faillissementsrecht?

Deelvraag 8 heeft een speculatief karakter (‘naar verwachting’).

Paragraaf 4.2 concentreert zich op de regelgeving die raakt aan de positie van de werknemers bij informele reorganisaties. Eerst komt het afspiegelingsbeginsel aan bod (paragraaf 4.2.1). Vervolgens komt de vraag aan de orde of er meer ruimte zou moeten zijn voor een collectieve versobering van arbeidsvoorwaarden. In de interviews werd een verband gelegd met het onderwerp van het dwangakkoord (WCO II), WCO II komt in deze paragraaf derhalve ook ter sprake (paragraaf 4.2.2). De rol van de vakbonden op grond van de Wet Melding Collectief Ontslag (WMCO), de Fusiegedragsregels of op grond van afspraken in de toepasselijke cao en de rol van de ondernemingsraad op grond van de WOR vloeien weliswaar voort uit verschillende regels, maar hebben niettemin, zo bleek in de interviews, qua thematiek een zodanige samenhang dat wij beide rollen in dezelfde paragraaf behandelen (paragraaf 4.2.3).

Paragraaf 4.3 richt zich op de regelgeving die raakt aan de positie van de werknemers bij formele reorganisaties. De inrichting van de pre-pack procedure komt aan bod in paragraaf 4.3.1. Paragraaf 4.3.2 geeft de uitlatingen weer die betrekking hebben op de taak van de (beoogd) curator en (beoogd) rechter-commissaris. Paragraaf 4.3.3 bevat de opvattingen omtrent het thema van de selectie van werknemers bij een doorstart uit faillissement. Daarna komt de rol van de vakbonden en de ondernemingsraad bij formele reorganisaties ter sprake (paragraaf 4.3.4).

Paragraaf 4.4 gaat in op de invloed van de Wwz. Eerst komen de uitlatingen over het opvolgend werkgeverschap en de ketenregeling ter sprake (paragraaf 4.4.1). Wij vervolgen met de regeling in de Wwz van de transitievergoeding (paragraaf 4.4.2).

Paragraaf 4.5 bevat de deelconclusie.

4.2 Informele reorganisaties

4.2.1 Het afspiegelingsbeginsel

De geïnterviewde vakbondsbestuurders gaven aan dat het afspiegelingsbeginsel gehandhaafd moet blijven en ook van toepassing zou moeten zijn bij het selecteren van werknemers in geval van een doorstart uit faillissement.

Aan de zijde van de ondernemingen noteerden wij bij de geïnterviewden steeds kritische geluiden over de werking van het afspiegelingsbeginsel bij informele reorganisaties. Er was evenwel ook in die gevallen begrip voor de gedachte dat de selectie op een objectieve wijze dient te geschieden. Panklare alternatieven voor het afspiegelingsbeginsel als toegepast buiten faillissement hebben wij niet kunnen optekenen.

In een interview kwam ter sprake dat de wetgever er goed aan doet nog eens te kijken naar de spelregels rond bedrijfseconomische ontslagen bij een onderneming die deel uitmaakt van een groep als bedoeld in de op de Wwz gebaseerde Ontslagregeling. De Ontslagregeling geeft blijk van een visie op concerns die veelal niet klopt met de bestaande machtsverhoudingen. Een dochtervennootschap heeft op het punt van het va et vient van werknemers en de vervulling van vacatures in beginsel geen zeggenschap over wat er gebeurt bij een zustermaatschappij. De Ontslagregeling doet het ten onrechte voorkomen alsof dat wel het geval is.

4.2.2 Versobering van arbeidsvoorwaarden en WCO II

Aan ondernemingszijde werden in het kader van de constatering door een aantal geïnterviewden dat het bewerkstelligen van een collectief (tijdelijk) loonoffer erg lastig is, uitspraken gedaan over de vraag of de werknemers alsnog zouden moeten worden betrokken in WCO II. Enkele van deze geïnterviewden gaven aan positief te staan tegenover een alsnog in WCO II betrekken van de factor arbeid, mits er rekening wordt gehouden met de zwakke positie van de werknemer, en er voldoende waarborgen in de procedure worden ingebouwd. Bij de waarborgen werden genoemd: alleen de eigen klasse van werknemers moet kunnen bewerkstelligen dat er een neerwaartse aanpassing van arbeidsvoorwaarden komt, en het licht zou slechts op groen mogen komen te staan als de voorstemmers een bepaalde gekwalificeerde meerderheid vertegenwoordigen. Andere geïnterviewden wezen vooral op de kwetsbaarheid van de van zijn loon afhankelijke werknemer en het belang van de zekerheid dat niet aan het bestaande loonniveau wordt getornd.

Ook de geïnterviewden van de zijde van de onderneming die geen koppeling maakten met WCO II vonden de rechtszekerheid op het punt van gemaakte loonafspraken een belangrijk gegeven. Deze reacties hadden vooral betrekking op een structureel loonoffer. Ten aanzien van een tijdelijk loonoffer deed een geïnterviewde voorts de suggestie de barricade die de Werkloosheidswet (WW) opwerpt (bij het bepalen van de uitkering uitgaan van het laatstgenoten salaris) te slechten.

Enige genoemde of aan de interviews ontleende waarborgen zouden, ter overweging, als volgt kunnen luiden:

- alleen de klasse werknemers zelf kan bepalen of men akkoord wil gaan met een voorgestelde collectieve versobering van arbeidsvoorwaarden;
- aanvaarding van het voorstel door de betrokken werknemers vergt een nader te bepalen (gekwalificeerde) meerderheid van de betrokken werknemers (wellicht met enige ruimte voor een cao omtrent de vereiste meerderheid en dat wellicht ook mede in relatie tot de verschillende geledingen in de onderneming);
- toetsing van de bedrijfseconomische noodzaak door de rechter;
- in geval van een voorstel tot een structureel loonoffer ten aanzien van op de toekomst gerichte arbeidsvoorwaarden zou de eis moeten zijn dat het voorstel minimaal het loonniveau van wat redelijkerwijs valt te duiden als marktconform aanhoudt (een rechtbank zou de voor het bepalen daarvan benodigde deskundigheid in kunnen huren);
- in geval van een voorstel tot een tijdelijk loonoffer ten aanzien van op de toekomst gerichte arbeidsvoorwaarden is de WW-uitkering bij een later ontslag binnen de tijdelijke periode van het loonoffer, ongeacht de grond voor de opzegging, gerelateerd aan het loon dat gold vóór de datum van ingang van het tijdelijke loonoffer;
- de tegenstemmers hebben de mogelijkheid per de ingangsdatum van het loonoffer uit het aldus te wijzigen dienstverband te stappen met behoud van WW-rechten;
- en zijn in deze situatie niet aan een concurrentiebeding gebonden.

4.2.3 De rol van de vakbonden en de ondernemingsraad

In deze paragraaf komt de rol van de vakbonden en die van de ondernemingsraad bij informele reorganisaties aan de orde. De scheidslijn tussen een informele reorganisatie en een formele reorganisatie valt voor wat betreft de hier bedoelde rollen overigens niet altijd scherp te trekken. Op het moment dat nog alle opties worden overwogen, is niet zeker of hoeft niet zeker te zijn dat de onderneming in een faillissement terecht zal komen.

Wij noteerden van de zijde van de geïnterviewden omtrent de aard en omvang van de bestaande regelgeving betreffende informele reorganisaties geen relevante nieuwe gezichtspunten. In de onderzochte informele reorganisaties is steevast een rol weggelegd geweest voor de ondernemingsraden (mits ingesteld) en de vakbonden. Het gaat daarenboven hier niet om de vraag op welke wijze aan de wettelijke bevoegdheden over en weer inhoud is gegeven, maar om de vraag of er in de omvang of aard van de bevoegdheden bepaalde aspecten anders zouden moeten. Ons onderzoek wijst in de relatie tot informele reorganisaties niet in die richting.

Twee vakbondsbestuurders vertolkten de gedachte dat de invloed van de vakbonden in vergelijking met die van de ondernemingsraad niet mag worden onderschat. Deze uitlatingen vragen aandacht vragen voor een aspect (de invloed die een ondernemingsraad kan uitoefenen in relatie tot de invloed die de vakbond kan uitoefenen) dat bij het nadenken over wijzigingen in de (arbeidsrechtelijke) regelgeving meespeelt.
Een vakbondsbestuurder: ‘We doen allemaal of medezeggenschap in dit land zo goed georganiseerd is. Ja, voor grote bedrijven is het goed geregeld. Maar voor de gemiddelde ondernemingsraad ligt het anders. In z’n algemeenheid worden ondernemingsraden gewoon

gemanipuleerd door directies. De kracht van de ondernemingsraden is helemaal niet zo groot. Of de ondernemingsraad is niet onafhankelijk genoeg, of niet sterk genoeg, weet onvoldoende wat hun kracht of positie is. Zeker bij de kleine ondernemingen, maar ook vaak bij grotere bedrijven. Er zou voor ondernemingsraden veel meer training moeten zijn. Het zou veel duidelijker moeten zijn dat het geen vrijheid blijheid is, dat de wetgever bevoegdheden geeft, maar je ook ergens verantwoordelijk voor maakt. Ik merk nog steeds dat mensen zich daar niet bewust van zijn. De ondernemer is heel goed in staat om voor het bedrijf te kijken, maar als werknemer moet je ook kijken: is wat de ondernemer wil ook goed voor ons allemaal? Je hoeft niet op de ondernemersstoel te gaan zitten.'
Een vakbondsbestuurder: 'Als het gaat om de transitievergoeding, dan wordt er wel gezegd: we hebben geen vakbonden meer nodig, het sociaal plan is dadelijk niet meer nodig. Maar is een ondernemingsraad daadwerkelijk in staat om te zien of die reorganisatie echt nodig is? En weten ze wat er gebeurt met de rechten van de mensen? Vaak niet. Dus ik vind dat de vakbonden ten onrechte steeds meer buitenspel zijn gezet.'

Een geïnterviewde bankier stelde over een grensoverschrijdende ervaring waarbij via mediation tussen de onderneming en werknemersvertegenwoordigers een vertrouwensbasis werd gelegd die het mogelijk maakte met elkaar tot afspraken te komen over een sociaal plan: 'In Duitsland hebben ze een mogelijkheid dat je een vorm van mediation toepast op het moment dat je wil afslanken. Er is natuurlijk altijd de situatie dat de bonden zeggen van: ja, de directie zegt dat er geen geld meer is, maar die denken: nou, dat valt wel mee, de directie wil gewoon niet. Andersom komt ook voor. Daar zit een soort van spanningsveld in. Ik was betrokken bij een zaak waarin een mediation op gang werd gebracht tussen management en de bonden, of de ondernemingsraad, met onder andere het doel te onderzoeken of inderdaad waar was wat het management zei: wij hebben geen financiële middelen meer, we gaan afslanken. In deze mediation is een soort van vertrouwen ontstaan dat het management een reëel verhaal had en toen zijn op basis daarvan ook de afspraken gemaakt over het sociaal plan. Ik vond het een mooi voorbeeld en het zal niet altijd in harmonie kunnen, maar als het op die manier kan, heeft het natuurlijk de voorkeur boven een faillissement.'
Bij deze redenering sluit de volgende uitlating van een vakbondsbestuurder goed aan: 'Maar in de kern moet je toch altijd weer met elkaar aan tafel.'

Ook het volgende citaat ziet vooral op de wijze waarop aan bestaande bevoegdheden inhoud wordt gegeven. Wij nemen het citaat hier ter illustratie op vanwege de suggestie van een taskforce welke als aanpak het overwegen waard is en aansluit bij wat in de expertmeeting van 25 september 2015 (paragraaf 4.3.5) te berde werd gebracht als een mogelijke oplossing voor de problematiek van de geheimhouding van informatie die verstrekt wordt in het kader van een voorgenomen doorstart uit faillissement. Een bestuurder van een onderneming stelde: 'De relatie tussen werkgevers en bonden wordt teveel beheerst door positionerings-vraagstukken. Dat houdt oplossingen tegen. Bonden zouden taskforces moeten hebben per individueel geval. Wanneer het erop aankomt te kijken hoe je de meeste mensen het beste kunt laten landen, geven de bonden niet thuis. Dan zouden ze koopman zijn en dat willen ze niet zijn. Ze moeten op casusniveau polderen. Dan kun je faillissementen voorkomen. Binnenskamers gaat het overleg met de bonden wel goed en snappen ze het.'

4.3 Formele reorganisaties: de (voorbereide) doorstart uit faillissement

4.3.1 De inrichting van de pre-pack procedure

De overheersende opvatting in de interviews (zowel bij curatoren, advocaten, vakbondsbestuurders als bankiers) luidde dat bij een doorstart uit faillissement sprake dient te zijn van een vorm van een biedingsproces. Een aanpak die bij een voorgenomen doorstart uit faillissement aan een of meer partijen een kans biedt mee te dingen, heeft in beginsel een positief effect op de opbrengst en werpt, zo gaf een geïnterviewde aan, bovendien een barricade op tegen misbruik van een voorbereide doorstart en draagt bij aan een objectivering van de gang van zaken.

In zes interviews (vier curatoren, een vakbondsbestuurder en een advocaat) werden door de geïnterviewden opmerkingen gemaakt over de vraag in hoeverre een curator bij het vergelijken van de biedingen ten koste van de opbrengst rekening mag houden met de belangen van het zittend personeel. Wij constateren dat de opvattingen uiteenlopen. Voor de een is werkgelegenheid een belangrijk uitgangspunt en is er wat meer ruimte om daar rekening mee te houden, voor de ander gaat het slechts om de opbrengst. In het volgende citaat kijkt een curator naar de continuïteit die een doorstart kan bieden en lijkt hij bereid om zowel op het punt van aantallen over te nemen werknemers als de hoogte van de koopprijs een veer te willen laten als dit het risico verlaagt dat de doorstart korte tijd later kopje onder gaat.
Een curator: 'Hoe reëler de plannen zijn, hoe lager de koopprijs is. Wanneer de curator kiest voor een hoger bod in termen van werkgelegenheid en/of boedelbijdrage, loopt hij het risico dat de zaak binnen afzienbare tijd weer failliet is. Wanneer de curator meer heil ziet in een plan waaraan een lager bod gekoppeld is, heeft hij wel wat uit te leggen aan de rechter-commissaris. De beslissingsmarge binnen het huidige faillissementsrecht is heel beperkt.'

Ook het volgende citaat is illustratief voor het ervaren spanningsveld tussen de opbrengst en het belang van het personeel.
Een curator: 'Bij biedingen zal je bij de keuze tussen geld en werkgelegenheid als er marginale afwijkingen zijn daar overheen stappen. Maar wanneer de afwijkingen materieel zijn, dan wordt het heel lastig en zal je uiteindelijk vanuit de wettelijke opdracht kiezen voor het geld. Het te gelde maken van de baten en het verdelen van die baten over de schuldeisers is een belangrijk element voor de curator. Het is mooi wanneer je de maatschappelijk belangen een beetje mee kunt laten lopen, maar om ze nou te moeten laten prevaleren vind ik een lastige. Dit is ook een waarschuwing aan het adres van mensen die koersen op reorganiseren via faillissement. Men moet er wel rekening mee houden dat een faillissement zijn eigen dynamiek kent. Geld staat toch wel voorop, de opbrengst.'

4.3.2 De taak van en eisen aan de deskundigheid van de (beoogd) curator en (beoogd) rechter-commissaris

Verschillende geïnterviewden spraken uit dat er een betere en uniforme omschrijving van de taak van de beoogd curator moet komen. Illustratief is het volgende citaat van een curator:

‘De taakstelling van de beoogd curator moet beter worden omschreven dan tot nu toe het geval is. Er zijn veel verschillende opvattingen. Pre-packs bestaan al veel langer: vroeger was er ook al wel in feite soms sprake van een vorm van pre-pack. Nu heeft het dan een naam. Uit het oogpunt van het behartigen van de belangen van de schuldeisers bij een onderneming die bijna op omvallen staat, vind ik dat ik de lead moet nemen en moet zorgen dat er een ordentelijk proces komt van beheer en vereffening, een controlled auction, concurrenten uitnodigen, ook al krijg je tegengas. Als de beoogd curator vindt dat de banken en de directie niet meewerken, dan trek je je terug. Het is dus zaak dat voor de taakstelling van de beoogd curator concrete richtlijnen komen. Neem het op in de wet zodat niet rechtbanken deze richtlijnen zelf hoeven af te stemmen. De betreffende brief van de rechtbanken moet uniform zijn en in heel Nederland hetzelfde luiden.’

Diverse geïnterviewden gingen in op de aan de curator en rechter-commissaris te stellen eisen op het gebied van kennis en vaardigheden. Bij kennis ging het naast relevante juridische kennis om kennis op het gebied van de bedrijfseconomie, financiën en het waarderen van bedrijven. Bij vaardigheden wezen geïnterviewden op durf, communicatieve vaardigheden en toegankelijk zijn. Het zelf door curatoren procederen of het door kantoorgenoten laten procederen werd in een enkel interview van forse vraagtekens voorzien met de suggestie in richtlijnen op te nemen dat de curator de verplichting heeft om procedures ten laste van de boedel uit te besteden aan een externe advocaat.[26] Reguliere (bij)scholing werd genoemd. Uit de diverse suggesties betreffende de inrichting van de procedure rond een (voorbereide) doorstart uit faillissement vloeit voort dat de (beoogd) curator en (beoogd) rechter-commissaris een businessplan en te hanteren selectiecriteria van personeel moeten kunnen beoordelen. Een meer algemene suggestie speelde in op de gedachte dat de specialisatiegraad van de rechter-commissaris op een hoger niveau moet worden gebracht. Het gaat hier ten dele om suggesties die in een verder verwijderd verband staan met de specifieke positie van de werknemers.

4.3.3 De selectie van werknemers bij een doorstart uit faillissement

Wij noteerden een twintigtal reacties omtrent het vraagstuk van de bij een doorstart uit faillissement te hanteren methode van selecteren van werknemers die met de doorstart mee kunnen gaan.

De geïnterviewden van de zijde van de vakbond waren op één uitzondering na van mening dat het afspiegelingsbeginsel ook bij een doorstart uit faillissement zou moeten gelden.

De overgrote meerderheid van de geïnterviewden aan de zijde van de ondernemingen, de advocaten, curatoren en financiers gaf juist aan dat dit beginsel bij een doorstart uit faillissement niet van toepassing moet zijn omdat men verwacht dat een beperking van de selectievrijheid van de doorstarter de doorstartpraktijk niet ten goede zal komen.

Wij geven hier ter illustratie een citaat weer van een vakbondsbestuurder en van een curator.

[26] In de INSOLAD praktijkregels wordt hierover thans in paragraaf 4.3 vermeld: “Uitgangspunt bij de beslissing van de curator om zich in een procedure al dan niet te laten bijstaan door een niet aan zijn kantoor verbonden advocaat, is dat de boedel, alles in aanmerking genomen, steeds op de best mogelijke wijze dient te worden bijgestaan.”

Een vakbondsbestuurder: 'Als er een doorstart plaatsvindt, moeten de selectiecriteria veel objectiever zijn. Ik vind het echt niet kunnen dat je gewoon kan zeggen: alle zieken eruit, alle ouderen eruit, al het dure personeel eruit, alle vasten eruit. We hebben ontslagrecht waar we aan afspiegeling doen binnen uitwisselbare functies. Dat zou in faillissement ook gewoon moeten. Dat moet in de wet worden verankerd. Het is ook een kwestie van transparantie, maar dat is niet voldoende. Ik heb er niks aan als je zegt: iedereen die zich vaker dan twee keer heeft ziek heeft gemeld dit jaar, gaat niet mee. Dat vind ik geen goed criterium.'
Een curator: 'Om doorstartende bedrijven zoveel mogelijk in de gelegenheid te stellen continuïteit te vertonen en dus zo min mogelijk kapitaal te laten verdampen, is een belangrijk criterium voor de doorstarter: kan ik selecteren in personeel en kan ik mensen aannemen op de manier waarvan ik denk dat het goed is voor het bedrijf? Elke beperking die daarin aangebracht wordt, door de wetgever of door jurisprudentie, maakt de kansen op een succesvolle overname kleiner.'

De vakbondsbestuurder die bij een doorstart uit faillissement meer maatwerk bij de selectiecriteria dan alleen het afspiegelingsbeginsel het overwegen waard vond, had een doorstart door een niet gelieerde partij op het oog en niet een doorstart door een gelieerde partij. Hij zocht een oplossing van de wijze van selecteren in het in samenspraak met de vakbonden vinden van objectieve selectiecriteria.

Ook andere geïnterviewden zochten naar maatwerkoplossingen bij een doorstart met een objectivering van de selectiekeuze. Zij wezen op de mogelijkheid van een selectie op basis van een business plan. Afspiegeling kan hierbij een rol spelen, maar dit beginsel behoeft niet de (enige) maatstaf te zijn. Wij laten hieronder ter illustratie de citaten van twee bestuurders, een vakbondsbestuurder en een curator volgen.

Een bestuurder stelde: 'Het hangt ervan af hoe nijpend de situatie is. Als het bedrijf echt aan de rand staat, in hoeverre kan je dan nog een afspiegelingsbeginsel hanteren? Het gaat erom, hoe bescherm je de werknemers zonder dat je het proces teveel in gevaar brengt. Als echt het water aan de lippen staat, dan denk ik toch dat je met richtlijnen van de bewindvoerder of van de rechter-commissaris moet kunnen werken. Misschien heeft de rechter-commissaris dan nog wat meer ruggengraat. Of dat de rechter-commissaris afhankelijk van de casus beoordeelt hoever men mag gaan met het afspiegelingsbeginsel. Er zou wel een soort toets moeten plaatsvinden. Laat maar zien waarom er mensen weg moeten. Hoe heb je dat berekend? Heb je de persoonlijke vijanden eruit gegooid? De vraag is in hoeverre de rechter-commissaris opgeleid is om dat te doen. De rechter-commissaris kan het probleem dat hij niet financieel onderlegd is oplossen door zich te voorzien van een deskundige die hem daarin helpt. Als je biedende partijen enkele dagen gunt om tot een oordeel te komen, dan kan het ook zo zijn dat een deskundige de rechter-commissaris bijstaat in die paar dagen.'

Een andere bestuurder werkte de selectiemethode op basis van een businessplan als volgt uit: 'Volgens mij zijn er een aantal toetsen. Eén is het business plan van de doorstarter. Dan de marktconformiteit van de arbeidsvoorwaarden. En de derde toets is het in zee gaan met een partij die niet gaat 'asset strippen', maar ook mede de continuïteit van de onderneming voor ogen heeft. Dus dan hebben we het business plan, marktconformiteit van de arbeidsvoorwaarden, type overnemende partij en de selectiecriteria (welke werknemers mogen wel

en niet mee). Maar dat laatste is onderdeel van het business plan en ik meen dat naarmate het bedrijf in grotere nood is, er minder selectiecriteria behoren te zijn. Maar wel marktconforme arbeidsvoorwaarden, ook omdat de rechten van de werknemers behoorlijk worden aangetast met zo'n pre-pack. Dus samenvattend: de doorstart vindt plaats op basis van het door de rechter-commissaris getoetst businessplan waarin staat met welke werknemers de doorstart plaats vindt in de zin dat de selectiecriteria worden vermeld. Voorts toetst de rechter-commissaris met welk type partij in zee wordt gegaan. De private equity partijen zijn genoegzaam bekend in de financiële wereld. En ten derde moet qua arbeidsvoorwaarden sprake zijn van marktconformiteit.'

Een vakbondsbestuurder: 'Ik wil invloed hebben op de selectiecriteria. Een doorstarter hoort met de vakbonden de criteria te overleggen en de vakbonden moeten er invloed op hebben. Ik moet kunnen dealen over de vraag welke criteria dan gehanteerd worden. Maar als het management blijft zitten en de aandeelhouders zijn dezelfde partijen, dan moet men afspiegelen. Het is bizar dat je alle personeelsdossiers hebt en zou kunnen zeggen: die is ziek geweest, die niet. En dat je daar gewoon mee weg komt. Als je echt een hele nieuwe werkgever bent, dan ligt het wat anders. Maar ook daar moeten de vakbonden meer bevoegdheden krijgen en moet er meer openheid en meer transparantie zijn, ook naar de ondernemingsraad.'

Een curator: 'Natuurlijk is een wat negatiever aspect van de pre-pack dat de doorstarter in de kaartenbak kan kijken, die kan in de ziektegeschiedenis kijken en beoordelen. Die kan op die manier selecteren en ja, dat is bezwaarlijk. Ik heb liever dat de selectie volgens een bepaalde systematiek gebeurt, dat ze niet kunnen kijken van: hij is toch ondernemingsraadlid, doen we niet, die is een beetje ziek geweest, die gaat niet mee, dat vind ik fout. Want de voorsprong van de gelieerde doorstarter is wel heel erg groot. Ik denk dat er best richtlijnen kunnen komen. Dan heb je ook een stuk dat je met de vakbonden kunt bespreken.'

Wij plaatsen de kanttekening dat het onderscheid tussen gelieerd en niet gelieerd niet altijd makkelijk te maken is. In sommige gevallen weten niet gelieerde partijen deels de kennis-achterstand te overbruggen door tevoren (de personeelskennis van) een of meer leiding-gevenden van de door te starten activiteiten binnenboord te halen. In andere gevallen zijn gelieerde partijen in staat een koper naar voren te schuiven die als niet gelieerd oogt, maar dat op welke manier dan ook wel is. Het is in deze zienswijze voor een regelgever lastig goed te sturen op het onderscheid tussen gelieerd en niet gelieerd.

De in interviews genoemde contouren van een selectie op basis van een business plan zien er puntsgewijs als volgt uit:

- de interviews refereerden aan richtlijnen betreffende de selectie van werknemers bij een doorstart uit faillissement (richtlijnen bieden de mogelijkheid van maatwerk en zijn relatief eenvoudig en snel aan te passen);
- de partij die een aanbod doet om te komen tot een doorstart uit faillissement (de bieder) draagt zorg voor een business plan en vermeldt daarin de aantallen over te nemen werknemers en de gekozen wijze van selecteren;

- de bieder of de bieders zijn gebonden aan de keuzes die in het businessplan zijn gemaakt ten aanzien van het aantal werknemers en de selectiecriteria (bij meer bieders: voordat de bieder als eindbieder in beeld komt);
- de rechter-commissaris toetst of bij de gehanteerde selectiecriteria sprake is van willekeur (in een interview werd geopperd: ‘naarmate het bedrijf in grotere nood is, minder selectiecriteria’);
- de rechter-commissaris toetst of de bieder en diens business plan gericht zijn op de continuïteit van de over te nemen activiteiten;
- de rechter-commissaris hoort voorafgaand aan zijn beslissing over het verlenen van goedkeuring aan een doorstart uit faillissement de betrokken ondernemingsraad en de vakbonden (voor wat betreft de vakbonden is er nog wel de praktische vraag hoe men komt tot het aanwijzen van de te horen vakbonden en de keuze van wie namens de betreffende vakbond kan aanschuiven);
- om te bereiken dat de doorstart inderdaad plaatsvindt op basis van het door de rechter-commissaris getoetste businessplan worden de personele aspecten van het business plan als verplichtingen opgenomen in het overnamecontract.

Men zou op de voet van de suggestie van een bestuurder kunnen bepalen dat het business plan niet slechts de aantallen over te nemen werknemers en de selectiemethode bevat, maar tevens aangeeft welke arbeidsvoorwaarden worden geboden. Te denken valt aan de door de bedoelde bestuurder genoemde ondergrens van marktconformiteit van de arbeidsvoorwaarden als voor de rechter-commissaris in aanmerking te nemen richtsnoer.

Een paar geïnterviewde curatoren gaven aan dat het vastpinnen van biedende partijen op aantallen over te nemen werknemers in de praktijk reeds gebeurt. Dit komt ook naar voren in de door ons onderzochte cases (zie paragraaf 3.3.3.5).

4.3.4 De rol van de vakbonden en de ondernemingsraad bij formele reorganisaties

Het verschil met de feitelijke invulling van de rollen van vakbonden en ondernemingsraad in informele reorganisaties (paragraaf 4.2.3) is markant. In de onderzochte informele reorganisaties werd de ondernemingsraad, mits ingesteld, steeds bij de (voorgenomen) besluitvorming betrokken en troffen wij ook steevast een rol voor de vakbonden, vooral ten aanzien van het overleg over een sociaal plan. Bij de formele reorganisatie is het beeld anders. Er is aan de zijde van de bij de doorstart betrokken partijen, zo blijkt uit de interviews, vooral huiver de vakbonden vroegtijdig, dat wil zeggen tot het moment dat de kwestie in de openbaarheid komt, bij een formele reorganisatie te betrekken. De raadpleging van vakbonden bij een voorgenomen doorstart in de stille fase vóór de faillietverklaring komt in de onderzochte cases welbeschouwd niet voor en ondernemingsraden worden nauwelijks geïnformeerd en niet om advies gevraagd. De antwoorden op vraag acht die de geïnterviewden gaven, plaatsen deze bevindingen in een ruimer kader. In deze paragraaf komen drie subthema’s aan de orde, te weten geheimhouding in de relatie tot de vakbonden en de ondernemingsraad, raadpleging van de vakbonden en het adviesrecht van de ondernemingsraad.

Geheimhouding in de relatie tot de vakbonden en de ondernemingsraad
Het niet geïnformeerd worden van de vakbonden houdt vooral, zo blijkt uit de interviews (zie het complete overzicht van citaten in bijlage 4), verband met het risico van lekken van vertrouwelijke gegevens door de vakbonden. De overgrote meerderheid van de geïnterviewden, zowel van de zijde van de vakbonden als van de zijde van de andere betrokken partijen, gaf aan dat het door vakbonden in de situatie van een voorgenomen doorstart uit faillissement niet geheim kunnen houden van vertrouwelijke informatie een lastig probleem is. Dit punt vormt, zoals een advocaat het uitdrukte, een duivels dilemma. Daarmee doelde deze geïnterviewde op de gedachte dat de Fusiegedragsregels bij een voorgenomen fusie raadpleging van de vakbonden voorschrijven, maar dat naleving van deze verplichting het risico gaf dat de plannen in de openbaarheid zouden komen en de voorgenomen transactie zou torpederen.

Het volgende citaat van een vakbondsbestuurder is illustratief voor de gedachte dat het vertrouwelijk houden van bedrijfsgevoelige informatie die aan vakbonden wordt verschaft niet of niet altijd lukt en ook bij andere vakbondsbestuurders niet of niet altijd gebeurt: ‘Als ik een geheimhoudingsverklaring teken in een reorganisatie of wat dan ook, dan ben ik goed voor de handtekening die ik zet. Ik kan dat niet bij al mijn collega’s zeggen. Niet alleen van andere bonden, maar ook van mijn eigen organisatie. Ik weet dat vakbondbestuurders loslippig zijn. Die hebben allemaal contacten met de pers, die heb ik ook. En ik weet dat er telefoongesprekken plaatsvinden van het type: “luister omroep xyz, je hebt het niet van mij, maar weet dat dit en dit aan de hand is”. Als je een beetje een goede verstandhouding met een verslaggever hebt en je kan er van op aan dat die zijn bronnen niet prijsgeeft, dan kom je er altijd mee weg. Ook als je een geheimhoudingsverklaring hebt getekend. Dus daar zit wel een risico in. Ja, en dan zou de doorstart in gevaar kunnen komen. Dus ik zie die risico’s wel. De vrees die bij curatoren leeft en bij bedrijven die zie ik ook wel.’

Een andere vakbondsbestuurder liet het risico van lekken zien dat gelegen is in de gedachte dat de kennisgeving van een voorgenomen doorstart op zichzelf beschouwd al bruikbare informatie geeft om bij niet aanvaarding van het verzoek om geheimhouding eigener beweging verder te zoeken naar informatie om daarmee op enig moment zelf naar buiten te treden. Deze vakbondsbestuurder stelde: ‘Ik herken me niet in het beeld van een gerechtvaardigde vrees voor lekken of geheimhouding die niet wordt nageleefd. Als ik in een afspraak over geheimhouding betrokken zou worden en meepraat, dan lek ik niet. Punt uit. Ik ga er graag vanuit dat iedereen dezelfde ethische standaarden hanteert zoals ik dat doe. Het is volstrekt helder dat ik dan niet met mijn achterban kan overleggen. Ik denk dat ik van keer tot keer met het bestuur van de vakbond de afweging zou maken. Van: doen we dit keer mee onder geheimhouding? Zo ja, dan is het ook geheimhouding. Of doen we niet mee, omdat we het nadeel van geheimhouding te groot achten in vergelijking met de mogelijkheid om met alles wat we aan informatie te weten kunnen komen – bijvoorbeeld via leden, want die weg is er natuurlijk ook – naar buiten willen/kunnen treden. En dit zonder gedoe van overtreding van de afspraak van geheimhouding. Die afweging moet je keer op keer maken.’

Een vakbondsbestuurder meende dat iedere vakbondsbestuurder zelf mag of moet uitmaken hoe hij met geheimhouding omgaat (zowel qua aanvaarding als voor welke periode). Dit punt is strijdig met de regeling in de Fusiegedragsregels, maar bovendien van belang, nu het

ontbreken van een vaste beleidslijn bij een vakbond aan de zijde van andere betrokken partijen tot voorzichtigheid aanleiding kan geven. Deze vakbondsbestuurder zei: 'Elke vakbondsbestuurder mag kiezen of hij tekent voor geheimhouding of niet. Ik heb in het verleden ook wel eens geheimhouding getekend. Tot een bepaald moment bij reorganisaties. Bij beursgenoteerde ondernemingen tekenden wij aan de lopende band geheimhouding, maar niet tot in de eeuwigheid. Zo kun je proberen aan de voorkant als vakbond, als belangenbehartiger, invloed uit te oefenen op hoe dingen gaan. Mijn rol is om optimale belangenbehartiging voor de leden te regelen, en als het kan aan de voorkant. Dan wil ik daar best geheimhouding voor tekenen. In een faillissementssituatie zou dat ook heel goed kunnen. Als je de rechten van een vakbeweging, maar ook die van de ondernemingsraad bij wet vastlegt, dan kan een rechter niet anders dan erop acteren. Zoals het nu staat in WCO I is het echt te zacht. Want het horen van de vakbond is nog afhankelijk van hoe een rechter in het dossier zit. Ik zou dat toch dwingender in de Faillissementswet willen opnemen.'

De geïnterviewden van de zijde van de ondernemingen, adviseurs en curatoren schetsen en bevestigen in overgrote meerderheid het beeld dat geheimhouding bij de vakbonden (als zodanig of voor de periode die gedicteerd wordt door de 'stille fase') een problematisch punt is. Het effect daarvan is, en dit blijkt ook uit de onderzochte cases, dat de bij een voorgenomen doorstart betrokken partijen de vakbonden niet inlichten.

Wij laten hieronder ter illustratie enige van de citaten de revue passeren.
Een curator: 'Ik vind dat het bestuur in een pre-pack met de vakbonden moet gaan praten. Als ik dat als beoogd curator belangrijk vind en niet de indruk heb dat het bestuur dat heel serieus neemt, dan doe ik dit zelf. Voor de ondernemingsraad geldt dit ook. Je moet overwegen de vakbonden onderdeel te laten zijn van het afwegingsproces. Als je in een eerder stadium de bonden daarbij betrekt en zegt: luister, die keuze moeten we maken, ben je het daar mee eens? Ja, dan maak je ze inderdaad medeverantwoordelijk voor de keuze. Dat maakt het voor hen ook lastiger nadien alleen maar rumoer te maken over de werknemers die niet in de doorstart mee konden. De casus moet zich er wel voor lenen, dat zal niet altijd het geval zijn. Ik denk dat die vertrouwelijkheid van die pre-pack ook belangrijk is. Je weet gewoon niet of die de bonden te vertrouwen zijn wat dat betreft. Je gaat er wel van uit, maar de kans op lekken wordt natuurlijk enorm groot. Het hangt er heel erg vanaf, maar het zou wel een positief effect hebben.'
Een advocaat: 'Het is in het algemeen goed de bonden bij een faillissement te betrekken. Als je de bonden er op tijd in betrekt en je zegt, dit is het plan, wat vind je ervan, je mag er naar kijken en we geven je toelichting, het alternatief is faillissement. Dan gaan ze wel mee en kunnen ze niet achteraf roepen dat het een schande was. Dus het ligt voor de hand dat je zulke partijen tijdig betrekt. Het probleem is, dat de bonden zich niet aan de afspraken houden. Dit moet je natuurlijk geheim houden. Dat doen ze voor geen meter. Ik heb gewoon hele slechte ervaringen met ze. Als je de bonden inlicht, dan gaan ze direct op de achterste poten staan en schreeuwen. De stille bewindvoering helpen ze om zeep. Dat is heel zorgwekkend, heel jammer. Dat is natuurlijk persoonlijk, misschien tref je een keer iemand die het wel goed doet. Maar we zijn hier er wel voor gewaarschuwd.'
Een curator: 'In het WCO I wetsvoorstel staat dat de rechtbank voorwaarden kan verbinden aan de benoeming van de beoogd curator, bijvoorbeeld praten met de bonden, praten met de ondernemingsraad tijdens de pre-packfase. Het lijkt mij prima om ze aan tafel te hebben,

omdat ze dan ook daarna verantwoording moeten afleggen aan de mensen. Ze dragen dan wel verantwoordelijkheid. Maar het moet inderdaad in het kader van geheimhouding. Men is in de praktijk eerder bereid om de ondernemingsraad in te schakelen dan de vakbond. De ondernemingsraad heeft een veel directer belang. Men is veel angstiger om de bonden in te schakelen. De bonden zijn bijna niet in staat tot daadwerkelijke geheimhouding. En bewijs dan later maar waar dat lek zat.'

De geïnterviewden lijken ten aanzien van het informeren van de ondernemingsraad wat minder bezorgd te zijn over het risico van lekken dan bij de vakbonden, maar toch gebeurt het kennelijk niet of nauwelijks. Ter illustratie geven wij het volgende citaat van een advocaat die ten aanzien van de betrokkenheid van de ondernemingsraad bij een pre-pack aangaf dat dit 'heel bijzonder' was.
Een advocaat: 'Ik vind het vanuit het principe van medezeggenschap fout dat de directie de ondernemingsraad buiten de pre-pack fase houdt en hen pas confronteert op de faillissementsdatum. Een echte pre-pack heeft natuurlijk als kenmerk dat de hele deal wordt gesloten vóór het faillissement. Er is een verschil met de doorstart zonder pre-pack. Je krijgt in het laatste geval theoretisch een curator die nog alles mag doen, inclusief zeggen van: ik vind deze gelieerde partij helemaal niks, ik ga toch een biedingsprocedure opstarten, ik wil toch met de ondernemingsraad spreken. Maar bij de pre-pack geeft de stille curator zijn mening al, terwijl hij nog niet is benoemd. Ik weet niet hoe je dat moet repareren. Het is gewoon een duivels dilemma. Op het moment dat je zou verplichten dat de onderneming in de pre-pack fase met de ondernemingsraad spreekt en de vakbonden, en ze houden hun mond niet. Het hele idee is nou juist stilte, want anders gaat het mis.'

Een voorzitter van een ondernemingsraad had in beginsel geen moeite met de gedachte dat de voorzitter van deze raad onder omstandigheden alleen zou worden geïnformeerd: 'De ondernemingsraad moet meer betrokken worden bij het proces. De ondernemingsraad moet in ieder geval worden geïnformeerd over de financiële moeilijkheden waarin de onderneming zich bevindt. Ook behoort de ondernemingsraad, in ieder geval de voorzitter, onder embargo geïnformeerd te worden over de stand van zaken. De ondernemingsraad heeft nu het idee er buiten te zijn gehouden.'

Een advocaat van een ondernemingsraad zag het punt van de geheimhoudingsproblematiek jegens de vakbonden en hield ook een slag om de arm ten aanzien van een ondernemingsraad met daarin leden van de vakbond. Deze advocaat brak voor wat betreft de positie van de ondernemingsraad zonder leden van de vakbond een lans voor de gedachte dat de voltallige ondernemingsraad op de hoogte zou moeten worden gebracht.
Deze advocaat stelde: 'De vraag is natuurlijk: hoe hou je de pre-pack geheim. Het probleem is dat de ondernemingsraad behoorlijk wat leden heeft waarvan vaak een deel vakbonds-bestuurder is, of in ieder geval lid is van de vakbond. En ik weet dat vakbonden per definitie zeggen: wij tekenen geen geheimhoudingsverklaring. Hoe hou je iets met vijftien tot twintig man geheim? Wat mij betreft moet er wel informatie zijn richting de ondernemingsraad. Als een soort countervailing power. Want er is verder niks anders. Tegen een faillietverklaring kan je nog bezwaar aantekenen. Maar een pre-pack is, zeker als het geheim is, een black box. Dus ik meen dat de ondernemingsraad onder vertrouwelijkheid minimaal op de hoogte moet zijn. Ik ben er op tegen om te zeggen dat men dit slechts bij de voorzitter van de

ondernemingsraad hoeft neer te leggen. Als jij iets weet en de rest van je raad, waarvan je voorzitter bent, weet het niet en mag het niet weten, dat is een ramp. Dat moet je de voorzitter niet aandoen. Die persoon wordt in een onmogelijke positie gezet. Want achteraf is het dan van: jij wist het wel en wij wisten het niet. Wat je ook zou kunnen zeggen: slechts het dagelijks bestuur van de ondernemingsraad inlichten. Maar het is de vraag of de ondernemingsraad een dagelijks bestuur heeft. Dat is dus ook geen oplossing en je moet ook niet willen dat één groep meer weet dan de rest. Er moet een vorm van informatie over de pre-pack aan de ondernemingsraad gelden.'

Raadpleging van de vakbonden

De geïnterviewde vakbondsbestuurders gingen in op de vraag naar het nut en de wenselijkheid van raadpleging omtrent een voorgenomen doorstart. Zij wezen er op dat het bij een pre-pack niet tevoren geïnformeerd worden tot gevolg heeft dat de vakbonden zich overvallen voelen. Zij gaven voorts aan dat raadpleging kon bewerkstelligen dat de rechten van werknemers na faillissement objectiever behartigd konden worden.

Een vakbondsbestuurder gaf aan dat het uit het oogpunt van het vermijden van concurrentie-verschillen niet wenselijk is dat de raadpleging van betrokken vakbonden bij een pre-pack van geval tot geval wordt bekeken.

Een vakbondsbestuurder deed de suggestie de wettelijke regeling van het opvolgend werkgeverschap na faillissement van driekwartdwingend recht te laten zijn in de zin dat de wettelijke regeling krachtens de Wwz geldt, tenzij de betrokken partijen met de vakbonden een andersluidende cao zijn overeengekomen. Deze vakbondsbestuurder stelde: 'Ik denk dat we er verstandig aan doen om bij een doorstart in de Faillissementswet de vakbeweging een onderhandelingsrol te geven. Laat er een gesprek zijn tussen de curator, de overnemende partij en de vakbonden over de vraag onder welke voorwaarden men doorstart. Bijvoorbeeld over de vraag of er sprake zal zijn van opvolgend werkgeverschap of niet. Laat dat in een onderhandelingssituatie zijn beslag krijgen. Ik vind dat je dat van geval tot geval moet bekijken. Wat is goed voor de onderneming? Want overvragen is ook niet handig, daarmee blijft de werkgelegenheid niet behouden.'

Raadpleging van de vakbonden speelt niet alleen bij een voorgenomen doorstart vóór de faillietverklaring in het kader van de op de Fusiegedragsregels (of een toepasselijke cao) terug te voeren eis dat men de vakbonden raadpleegt op een moment dat hun opvatting nog van wezenlijke invloed kan zijn. Ook na het uitspreken van een faillissement is op grond van art. 3 lid 1 van de Wet melding Collectief Ontslag (WMCO) raadpleging door de curator aan de orde bij opzegging van de dienstverbanden en voor zover dit nog niet heeft plaatsgevonden op grond van de Fusiegedragsregels (of een toepasselijke cao) ingeval van een doorstart van de onderneming of een onderdeel daarvan. De geïnterviewden concentreerden zich evenwel niet onbegrijpelijk op raadpleging bij een doorstart op een moment dat er nog sprake kon zijn van invloed.

Adviesrecht van de ondernemingsraad
Enkele geïnterviewden, vooral van de zijde van de advocatuur, gaven aan dat de ondernemingsraden niet altijd weet hebben van hun adviesbevoegdheden ten aanzien van een voorgenomen doorstart uit faillissement. Ter illustratie het volgende citaat van de advocaat van een ondernemingsraad: 'De ondernemingsraad verdwijnt niet op het moment van het faillissement. De onderneming blijft bestaan en de ondernemingsraad blijft dus ook bestaan. Dat betekent dat de ondernemingsraad een adviesrecht heeft ten aanzien van een voorgenomen doorstart. Maar wat kan dit advies zijn? Als het advies negatief is, dan gaat de doorstart niet door en dan heeft niemand werk. Dus dan geef je een positief advies, maar eigenlijk wil je dat er meer mensen mee waren gegaan. Dus ja, de ruimte voor een ondernemingsraad om te adviseren is minimaal.'

In een interview met een advocaat werd te berde gebracht dat bij een negatief advies van de ondernemingsraad een beroepsrecht bij de Ondernemingskamer qua tijdsbestek niet zinvol was. Het hierboven vermelde citaat van de advocaat van de ondernemingsraad wijst daar aan het slot ook reeds op ('de ruimte voor een ondernemingsraad om te adviseren is minimaal').

4.4 *De invloed van de Wwz*

De onderzochte cases speelden op het nog tussen onderneming en vakbonden lopende overleg in case 2 na vóór de inwerkingtreding van de Wwz.[27] Het onderzoek biedt in die zin geen feitelijke aanknopingspunten voor conclusies met betrekking tot de effecten van de Wwz.[28]

Sommige geïnterviewden hadden zich reeds verdiept in de te verwachten effecten van de Wwz, in het bijzonder op het punt van het opvolgend werkgeverschap en de ketenregeling en de verschuldigdheid en berekening van transitievergoedingen. De geïnterviewden gingen vooral in op te verwachten effecten op het aantal doorstarts en de voor de onderneming te betalen prijs, de omvang van het door de doorstartende partij over te nemen personeel en de vraag of surseance of faillissement eerder in beeld komt als gevolg van de regeling van de transitievergoeding.

4.4.1 *Opvolgend werkgeverschap en de ketenregeling*

Een positief oordeel over de aangescherpte regeling van de ketenregeling in de Wwz tekenden wij op uit de mond van een advocaat: 'Je kunt vraagtekens zetten bij de vraag of de pre-pack vanuit het werknemersoogpunt gezien een schoonheidsprijs verdient. Dat na

[27] In case 2 speelt de transitievergoeding in het overleg tussen de onderneming en de vakbonden in die zin een rol dat de onderneming aangaf geen geld te hebben voor een sociaal plan 'of een transitievergoeding'.
[28] Zo is nog geen ervaring opgedaan met de sinds 1 juli 2015 geldende regel dat indien het UWV weigert op de a-grond (ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden) toestemming voor de opzegging van een arbeidsovereenkomst te verlenen, de werkgever de rechter kan verzoeken de arbeidsovereenkomst alsnog op de a-grond te ontbinden (artikel 7:671b lid 1 sub b BW). De rechter kan in dit geval op deze grond ontbinden indien hij van oordeel is dat het UWV ten onrechte toestemming heeft geweigerd of inmiddels alsnog aan de ontslagcriteria is voldaan. De bevoegdheid een dergelijk ontbindingsverzoek bij de rechter in te dienen vervalt twee maanden na de dag waarop de toestemming door het UWV is geweigerd (artikel 7:686a lid 4 sub d BW). Het punt is relevant voor de rechtspraak omtrent misbruik van faillissementsrecht. In deze rechtspraak komt tot uitdrukking dat de omstandigheid dat kort voor een faillissementsaanvraag door het UWV toestemming voor ontslag is geweigerd een factor vormt die meeweegt in de beoordeling van de stelling dat het faillissementsrecht wordt misbruikt. Bij deze factor speelt voortaan een rol of de werkgever gebruik heeft gemaakt van de hier geschetste mogelijkheid en wat het resultaat daarvan was.

faillissement in het kader van die doorstart eerder sprake is van opvolgend werkgeverschap, vind ik wel een mooi tegenwicht.' En een bestuurder gaf aan: 'De per 1 juli 2015 geldende regeling van het opvolgend werkgeverschap, lijkt mij wel een goede bescherming. Dat geeft een beetje evenwicht aan het businessplan.' Een positieve grondhouding treft men eveneens bij een geïnterviewde adviseur van een ondernemer: 'Mijn ervaring is dat men sowieso voorzichtig is met het aannemen van personeel. Het risico dat je daar aan vast zit, maakt dat die voorzichtigheid er wel is. Het zou zonder opvolgend werkgeverschap wel makkelijker zijn, maar materieel gezien denk ik dat dit wel meevalt. Zonder werknemersbescherming ga je wellicht nog eerder naar een faillissement als reorganisatiemiddel. Ik snap wel dat dit op problemen gaat stuiten.'

Kritischer geluiden waren er ook. Een geïnterviewde advocaat bekeek het vanuit het perspectief van de (goedwillende) niet gelieerde doorstarter: 'Ik denk dat de nieuwe regeling van het opvolgend werkgeverschap een negatief effect heeft op de doorstartpraktijk. Ik vond wat dat betreft die oude regeling van het bandencriterium helder. Dan weet je wat je in huis hebt en als dat na de doorstart leidt tot een contract voor onbepaalde tijd, dan weet je wat je meeneemt. Maar als er nagenoeg geen band is bij een doorstarter vind ik het wel zielig dat als je er voor kiest om een medewerker die in het faillissement anders werkloos zou worden, een baan te bieden, dit tot gevolg heeft dat je er dan gelijk volledig aan vast zit. Ik vind het geen positieve ontwikkeling.'

Een volgende kanttekening werd geplaatst vanuit het werknemersperspectief. Een curator stelde: 'Je moet het ook vanuit de werknemer bekijken. Je werkgever is failliet, je bent je baan kwijt en blij dat je de kans krijgt om aan de slag te gaan en als daar allerlei molenstenen aan zitten dan wordt het gewoon neen. Ik vind het belangrijk om zoveel mogelijk mensen te kunnen laten doorwerken, niet zozeer wie dat zijn. Ik berust erin dat er aan cherry picking gedaan kan worden. Ik leg de bereidheid van de doorstarter ten aanzien van het aantal mee te nemen werknemers vast in een overnameovereenkomst, omdat dat het enige is wat ik écht kan doen voor die mensen. Als er een bereidheid wordt uitgesproken, dan staat het wel in de overnameovereenkomst. Daar kunnen ze misschien nog wel rechten aan ontlenen. In ieder geval zal het voorkomen dat die pet snel anders gaat staan bij de onderneming. Een proeftijd in een doorstart vind ik echt onacceptabel want die vraag moet gewoon beantwoord worden aan de hand van eigenlijk hetzelfde wat je bij een normale keten hebt.'

Enkele curatoren en bankiers waarschuwden voor het verwachte effect van minder doorstarts en het effect dat bij doorstarts die er wel zullen zijn minder personeel wordt meegenomen. Ten slotte voorspelden twee geïnterviewden dat bij doorstarts meer personeel van buiten de onderneming zal worden aangenomen. Ter illustratie:
Een curator: 'Om doorstartende bedrijven zoveel mogelijk in de gelegenheid te stellen continuïteit te vertonen en dus zo min mogelijk kapitaal te laten verdampen, is een belangrijk criterium voor de doorstarter: kan ik selecteren in personeel en kan ik mensen aannemen op de manier waarvan ik denk dat het goed is voor het bedrijf? Elke beperking die daarin aangebracht wordt, door de wetgever of door jurisprudentie, maakt de kansen op een succesvolle overname kleiner. In al mijn werkzame jaren heb ik ervaren dat dit een ongelooflijk belangrijk element was in een overnamedeal.'

Een advocaat: ‘Ik denk dat dit juist tot een scherpere selectie zal leiden. Dat je dan toch wel even gaat kijken of je niet in plaats van die meneer met dertig jaar dienstverband niet toch die werknemer die vorig jaar in dienst is getreden moet nemen.’
Een curator: ‘De wijziging van de ketenregeling door de Wwz zal doorstarts verhinderen. De doorstart zal dan een meer uitgeklede activatransactie worden waarbij de doorstarter met een nieuwe groep mensen begint.’

4.4.2 De transitievergoeding

De overgrote meerderheid van de geïnterviewden sprak de verwachting uit dat als gevolg van de regeling van de transitievergoeding in de Wwz in situaties waar een personele reorganisatie noodzakelijk is voor de continuïteit van de onderneming een surseance of faillissement eerder in beeld komt.

Enkele citaten ter illustratie:
Een advocaat: ‘Ik denk dat de wetgever bij het bepalen dat de transitievergoeding niet verschuldigd is bij surseance een keuze heeft moeten maken. Hij kwam voor een onmogelijke tweesprong te staan en is voor deze keuze gegaan. Ik begrijp de keuze, maar de vraag is wel of het niet een perverse prikkel kan zijn en ik meen dat dit risico bestaat.’
Een vakbondsbestuurder: ‘Ik denk dat bedrijven vaker zullen kiezen voor een surseance om geen transitievergoeding te hoeven betalen.’
Een advocaat: ‘Wat natuurlijk niet helpt, is dat je een transitievergoeding moet betalen. Voor 1 juli 2015 betaalde je de ontslagen mensen niks, behalve als uit hun cao iets volgde, maar dat was lang niet bij alle bedrijven het geval. Dus zie ik in zaken waar ik in betrokken ben, dat er gemakkelijker wordt gekozen voor faillissement, omdat die transitievergoedingen niet te betalen zijn. Het is wel vrij zuur dat wat je standaard moet betalen bij ontslag absoluut zal leiden tot meer faillissementen.’
Een curator: ‘Er komt natuurlijk een moment dat we weer in een recessie geraken. Dan zul je zien dat het MKB zoals dat de laatste keer gigantisch gereorganiseerd heeft met sociale plannen waar 0,1 werd betaald of überhaupt niks werd betaald, omdat mensen gewoon massaal werden ontslagen met een ontslagvergunning zonder dat er enige vorm van vergoeding betaald werd, dat de transitievergoeding problematisch gaat worden voor die categorie ondernemingen. Er is dan een behoorlijke kans dat surseance dan wel faillissement gebruikt wordt om te reorganiseren, omdat anders transitievergoedingen verschuldigd zijn.

4.5 Conclusie

De selectiecriteria bij de informele reorganisatie en bij de doorstart uit faillissement (paragraaf 4.2.1 en 4.3.3)

In de interviews bleek voor wat betreft de informele reorganisaties van kritiek op het afspiegelingsbeginsel en de beperkte ruimte die de Wwz en de daarop gebaseerde Ontslag-regeling kent om rekening te houden met de specifieke noden van de onderneming. De heersende opvatting ging er wel van uit dat een objectieve benadering van de selectie gewaarborgd moet zijn. Panklare alternatieven voor het afspiegelingsbeginsel hebben wij in de interviews bij de discussie over informele reorganisaties niet genoteerd.

Bij de formele reorganisaties werd van verschillende kanten benadrukt dat men moet oppassen de doorstarter, en dan vooral de niet gelieerde doorstarter, te belasten met een selectie op basis van het afspiegelingsbeginsel. Alleen de vakbonden stuurden aan op toepassing van dit beginsel bij een doorstart uit faillissement. Wel wees een grote meerderheid van de geïnterviewden op zorgvuldigheid in het biedingsproces.

Bij elke selectie zijn er winnaars en verliezers. Een objectivering van de criteria behoort een nastrevenswaardige exercitie te zijn. Daarbij is duidelijk dat zonder nadere regelgeving of richtsnoeren voor zorgvuldig handelen bij de doorstart het wild-westelement blijft overheersen.

Een in de interviews in de discussie over formele reorganisaties op tafel gekomen suggestie is de selectiekeuze op basis van een business plan (paragraaf 4.3.3). Deze suggestie staat in nauw verband met de inrichting van de procedure die voert tot een doorstart uit faillissement.

De versobering van arbeidsvoorwaarden en WCO II
In de interviews is door niemand de suggestie gedaan de ondernemingsraad ten aanzien van de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming een formele rol te geven. Wij menen dat dit op impliciete wijze steun biedt aan de omstandigheid dat de wetgever de ondernemingsraad te dien aanzien niet beschouwt als een volwaardige gesprekspartner van de ondernemer, althans niet in de zin dat deze raad het personeel op het vlak van het aanpassen van de arbeidsvoorwaarden zonder specifiek mandaat kan vertegenwoordigen. Het lastige karakter van een formele positie van een ondernemingsraad ten aanzien van een loonoffer vloeit vooral voort uit de gedachte dat men over de portemonnee van collega's zou gaan. De leden van de ondernemingsraad voelen als bij het offer betrokken werknemer een neerwaartse bijstelling zelf ook in de portemonnee.

Het valt, zo kwam in enige interviews naar voren, te overwegen in de voorgestelde wettelijke regeling van het dwangakkoord (WCO II) de werknemers als een aparte klasse van crediteuren mee te nemen. Wij proefden in de interviews voor wat betreft een voorstel tot acceptatie van een structureel loonoffer weinig draagvlak voor een substantiële speelruimte. Bij een tijdelijk loonoffer zou deze ruimte, zo lijkt het, wat groter kunnen zijn, waarbij wij bij 'tijdelijk' zouden willen uitgaan van een overzienbare periode. In ieder geval zouden er steeds voldoende waarborgen in de procedure moeten worden ingebouwd (paragraaf 4.2.2).

De raadpleging van vakbonden en het adviesrecht van ondernemingsraden (paragraaf 4.2.3 en 4.3.4)

Wij noteerden van de zijde van de geïnterviewden omtrent de aard en omvang van de bestaande regelgeving betreffende informele reorganisaties geen relevante nieuwe gezichtspunten. Het ligt voor de hand dat dit verband houdt met de omstandigheid dat de regelgeving omtrent informele reorganisaties genoegzaam bekend is en geen bijzondere pijnpunten geeft.

De interviews hebben informatie gegeven over het thema van de geheimhouding krachtens de Fusiegedragsregels en schetsen een helder beeld van de betrokken gevoelens en belangen. De regels schrijven jegens de vakbonden raadpleging (WMCO, Fusiegedragsregels) en jegens de ondernemingsraden een adviesrecht (WOR) voor, maar deze regels worden bij formele reorganisaties overtreden. Dat gebeurt uit vrees voor het naar buiten komen van informatie die op dat moment nog niet naar buiten mag komen omdat dat het welslagen van de reorganisatie zou bedreigen. De citaten geven aan dat de vakbonden ook zelf geheimhouding als een dilemma ervaren en in een aantal gevallen niet of slechts voor korte tijd in staat zouden zijn vertrouwelijke informatie voor zich te houden. De aan de zijde van de andere stakeholders geuite vrees voor lekken is aldus jegens de vakbonden gerechtvaardigd. Geen enkele geïnterviewde wist hier een mouw aan te passen.

Het in de Fusiegedragsregels aangebrachte onderscheid tussen de kennisgeving (altijd geheim, tenzij schriftelijk ontheffing is verleend) en het verschaffen van verdere gegevens (alleen geheim als geheimhouding is verzocht en alleen bij aanvaarding van de geheimhouding betreffende deze gegevens zijn de vakbonden gerechtigd te worden geraadpleegd) is, indien men de citaten uit de interviews op een rij legt, bij een voorgenomen doorstart uit faillissement (al of niet met pre-pack) niet geschikt. Een kennisgeving van een voorgenomen doorstart verschaft op zich zelf beschouwd reeds veel informatie. Als men de vakbond informeert over een voorgenomen doorstart dan behoort er geen risico van lekken te zijn en als dat risico er wel is – en de citaten laten zien dat het risico bestaat – dan valt er begrip op te brengen voor de gedachte dat er dan zelfs geen kennisgeving zal zijn. Er valt eveneens begrip op te brengen voor de door vakbondsbestuurders verwoorde gedachte dat het op het moment van de faillietverklaring door een doorstart overvallen worden een lastig parket oplevert.

Het ligt naar onze mening voor de hand dat de geschetste problematiek verband houdt met het bijzondere karakter van een voorgenomen doorstart uit faillissement in vergelijking met een fusie of overname buiten faillissement. Een doorstart verschilt in die zin van een gewone fusie of overname dat niet alleen sprake is van een voorgenomen fusie of overname in de zin van de Fusiegedragsregels, maar bovendien een faillissement aanstaande is waarbij de onderneming afstevent op een door de WMCO bestreken reorganisatie. Buiten faillissement is geheimhouding bij voorgenomen omvangrijke reorganisaties voor werknemers en hun vertegenwoordigers wellicht al een lastig punt, bij een voorgenomen doorstart uit faillissement hoeft niet te verbazen dat deze last (veel) zwaarder valt. Wil de regelgever de in de interviews gesignaleerde ‘impasse’ doorbreken, dan zal een aanpak moeten worden gevonden die over en weer draagvlak krijgt en de vakbondsbestuurders ‘op de werkvloer’ ontlast van een dilemma dat ondraaglijk blijkt te zijn.

In een aantal interviews kwam naar voren dat de kennis van bestaande medezeggenschaps-rechten (bevoegdheden en verplichtingen) bij ondernemingen, curatoren, ondernemingsraden en vakbondsbestuurders niet altijd op niveau is. Bij de vakbonden spitst zich dit vooral toe op het thema van de geheimhouding. Het is uiteraard van belang dat alle betrokken stakeholders kennis van zaken hebben, ook in de situatie dat een ondernemingsraad en/of een vakbond van bepaalde bevoegdheden in een specifiek geval geen gebruik wil maken. Het thema wint nog

aan praktisch belang indien in de praktijk vaker wordt overgegaan tot het betrekken van de ondernemingsraad en een betrokken vakbond.

Uit de interviews komt in onze visie naar voren dat het raadzaam is na te gaan hoe het thans is gesteld met de scholing van de betrokken stakeholders op het terrein van de dynamiek van bedrijven in moeilijkheden en doorstarts en de bestaande medezeggenschapsbevoegdheden.

Voor wat betreft een aanpassing van bestaande regelgeving kwam in een interview naar voren dat een adviesrecht voor een betrokken ondernemingsraad betreffende een voorgenomen doorstart uit faillissement op zichzelf (en los van het feit dat het gaat om geldend recht) geen probleem is, maar dat een beroepsrecht bij de Ondernemingskamer qua tijdsbestek niet zinvol is. Deze opmerking speelt onafhankelijk van de vraag of het adviesrecht reeds wordt gegeven vóór dat de betrokken onderneming in faillissement geraakt of nadat het faillissement is uitgesproken.

De interviews gaven geen uitsluitsel over de vraag hoe men komt tot de selectie van te horen vakbonden en de keuze van wie namens de betreffende vakbond kan aanschuiven om door de rechter-commissaris voorafgaand aan de besluitvorming over een doorstart uit faillissement te worden gehoord. Wij leggen een verband met de in een interview gemaakte opmerking dat bij een pre-pack een beoogd curator geen tijd zal hebben uit te vinden welke vakbonden betrokken zijn en hoe de betrokkenheid dan precies ligt. Bij veel bedrijven, en wellicht nog meer bij bedrijven in moeilijkheden, zal dit niet altijd allemaal met naam en toenaam en contactgegevens paraat zijn of gereed liggen. De interviews boden voor dit praktische punt geen podium, maar het betreft ook eerder een thema voor nader overleg op een moment dat het heikele punt van de vrees voor het zich niet houden aan de geheimhoudingsverplichtingen zou zijn opgelost.

Tijdsdruk lijkt ons geen reden voor het achterwege laten van een informeren en raadplegen van vakbonden en ondernemingsraad. Het behoeft afhankelijk van de omstandigheden geen (te) bewerkelijke taak te zijn. Het is bovendien lastig uitlegbaar waarom in het ene geval wel en in het andere vergelijkbare geval niet voldoende tijd beschikbaar zou zijn voor raadpleging. Het door de rechtbank toestaan van een pre-pack ontslaat betrokken partijen niet van de verplichting te voldoen aan wettelijke verplichtingen en/of richtsnoeren voor een juiste aanpak van een doorstart.

De inrichting van de pre-pack procedure (paragraaf 4.3.1)
Uit de interviews blijkt dat een biedingsproces een barricade opwerpt tegen misbruik van een voorbereide doorstart en bijdraagt aan een objectivering van de gang van zaken en voorts een gunstige invloed kan hebben op de mate waarin werknemers (en andere stakeholders) de gang van zaken aanvaarden.

Een pre-pack is in de ogen van veel geïnterviewden een geschikte constructie, mits de procedure met voldoende waarborgen is omkleed. Zoals een geïnterviewde zei: het bedrijf moet echt in de toestand verkeren te hebben opgehouden te betalen, het proces moet zorgvuldig zijn, de markt moet worden verkend op wie kan overnemen, er moet gesproken worden met de logische partijen, alles moet worden afgewogen en de beoogd curator moet de

gelegenheid hebben om te kijken wat hij ervan vindt. In deze tekst zit ook impliciet de beperking van de pre-pack tot die faillissementen waarin zonder voorbereiding met een beoogd curator onvoldoende zekerheid bestaat dat een snelle doorstart kan worden gemaakt en sprake is van een situatie waarin die snelheid door de bijzondere bedrijfsomstandigheden geboden is.

Ook na een qua doorstart niet voorbereid faillissement behoort de curator de logische partijen in staat te stellen om te bieden. Wij constateerden in een aantal interviews dat de praktijk reeds gebruik maakt van een verkoopmemorandum en een protocol, opdat iedere biedende partij weet waar hij aan toe is.

Wij noteerden dat het aan te bevelen is dat de curator bij een verkooptransactie nagaat of er aanleiding is in de overnameovereenkomst op te nemen dat als de koper binnen een bepaalde periode voor een betere prijs doorverkoopt, de boedel nog een bepaald percentage van de meerprijs ontvangt. De suggestie ten aanzien van een dergelijk in de praktijk al bestaand mechanisme uit een interview werpt een barricade op tegen de doorstarter die de gekochte activiteiten (toch) niet zelf wil voortzetten, mogelijk een verborgen agenda had en de doorgestarte activiteiten na korte tijd met winst weer doorverkoopt.

De taak van en de eisen aan de deskundigheid van de (beoogd) curator en (beoogd) rechter-commissaris (paragraaf 4.3.2)

Wij onderstrepen het belang van concrete richtlijnen voor de taakstelling van de beoogd curator. Zoals een geïnterviewde aangaf gaat het er om een uniforme manier van handelen af te dwingen en te voorkomen dat rechtbanken deze richtlijnen zelf moeten afstemmen. In dit verband kan worden gewezen op de ‘Praktijkregels beoogd curator’ die zijn vastgesteld door het bestuur van INSOLAD en voorgelegd aan de leden tijdens de Algemene Leden-vergadering van 15 september 2015.

De interviews bevatten handreikingen ten aanzien van in deze richtlijnen op te nemen eisen aan de kennis en de vaardigheden. Bij kennis ging het naast relevante juridische kennis om kennis op het gebied van de bedrijfseconomie, financiën en het waarderen van bedrijven. Bij de vaardigheden wees men op durf, communicatieve vaardigheden, toegankelijk zijn. Het zelf door curatoren procederen of het door kantoorgenoten laten procederen werd in een enkel interview van forse vraagtekens voorzien met de suggestie in de richtlijnen op te nemen dat de curator de verplichting heeft om procedures ten laste van de boedel uit te besteden aan een externe advocaat. Reguliere (bij)scholing werd genoemd. Uit de suggesties betreffende de inrichting van de procedure rond een (voorbereide) doorstart uit faillissement vloeit voort dat de (beoogd) curator en (beoogd) rechter-commissaris een businessplan en te hanteren selectiecriteria van personeel moeten kunnen beoordelen. Een meer algemene suggestie speelde in op de gedachte dat de specialisatiegraad van de rechter-commissaris op een hoger niveau moet worden gebracht. Het gaat hier overigens ten dele om suggesties die in een verder verwijderd verband staan met de specifieke positie van de werknemers.

De invloed van de Wwz (paragraaf 4.4)
De geïnterviewden waren over het algemeen kritisch over de nieuwe regeling van het opvolgend werkgeverschap in combinatie met de ketenregeling en de transitievergoeding. Sommigen verwachtten minder doorstarts door niet gelieerde partijen en een paar geïnterviewden dachten aan de mogelijkheid dat dergelijke doorstarters eerder geneigd zullen zijn minder personeel mee te nemen en/of nieuw personeel van elders aan te trekken.

Diverse geïnterviewden wezen op de omstandigheid dat ondernemingen die in financiële moeilijkheden zijn geraakt, in veel gevallen in een (te) laat stadium inzetten op een reorganisatie. Twee observaties wezen in dit verband op regelgeving elders (onder andere Duitsland) die het bestuur van een onderneming noodzaakt om eerder in te grijpen. Het punt raakt aan de positie van werknemers in de zin dat bij een laat 'aan de bel trekken' vaker sprake zal zijn van een situatie waarin geen financiering meer kan worden gevonden voor het betalen van een transitievergoeding. Bij laat ingrijpen duwt de regeling van de transitievergoeding in de Wwz de onderneming die een personele reorganisatie moet doorvoeren aldus in de richting van een surseance of faillissement. Dan is immers niet langer een transitievergoeding verschuldigd.

Men kan bij oplossingen denken aan regelgeving die aanstuurt op een systeem waarbij ondernemingen eerder tot een herstructurering (moeten) overgaan. De op de Wwz gebaseerde Ontslagregeling zou dit eerder reorganiseren dan moeten faciliteren. Men kan ook de regeling van de transitievergoeding in de Wwz herzien en ruimte bieden voor maatwerkoplossingen die rekening kunnen houden met de gegoedheid van de betreffende onderneming. De geïnterviewden namen de huidige regeling van de transitievergoeding in art. 7:673c BW, nog maar net in werking getreden, overigens als een gegeven.

Een verder nadenken over het thema van maatregelen die noodzaken tot een eerder herstructureren is relevant voor de positie van de werknemers. Het onderscheid tussen de werknemers die in een doorstart uit faillissement mee kunnen (met behoud van het 'achterbalkon' van hun dienstverband voor de toepassing van de berekening van de transitievergoeding) en de werknemers die uit de boot vallen (door de curator opgezegd zonder transitievergoeding) is aanzienlijk.

5. De expertmeeting aangaande het onderhavige onderzoek, gehouden te Nijmegen op 25 september 2015

5.1 Inleiding

Gelet op de bredere maatschappelijke implicaties van het onderzoek en de daaraan ten grondslag liggende vragen, in het bijzonder deelvraag acht, hebben wij het onderzoek niet beperkt tot de zesentwintig geselecteerde casus. Op 25 september 2015 vond te Nijmegen een expertmeeting plaats. Het doel was het raadplegen van deze experts omtrent de eerste resultaten van de interviews en de beantwoording van deelvraag acht. In de meeting kwamen vier thema's aan de orde. Wij verzochten de experts per thema aan te geven of zij zich in de eerste bevindingen konden herkennen en of zij nog andere oplossingen of belemmeringen zagen. Wij vroegen hen voorts wat hun ervaringen waren op de verschillende punten. Tijdens de expertmeeting stond vooral deelvraag acht centraal: op welke manier, en in welke mate, kunnen veranderingen in de arbeidsrechtelijke positie van werknemers (voor of na faillissement) naar verwachting bijdragen aan

- het eenvoudiger kunnen 'redden' of doorstarten van bedrijven, en/of
- het verminderen van de nadelen van een faillissement voor de werknemers/-werkgelegenheid en de schuldeisers, en/of
- het verminderen van het risico op oneigenlijk gebruik van het faillissementsrecht.

De expertmeeting had aldus qua opzet en intentie het open karakter van een brainstormsessie.
De vier thema's zijn plenair besproken. Om ervoor te zorgen dat de vertegenwoordigers van de verschillende belangenverenigingen bij alle discussies en onderwerpen aanwezig konden zijn, hebben wij de expertgroep niet in kleinere werkgroepen gesplitst.
Bijlage 2 bevat de namen van de aanwezigen.

Om te bereiken dat iedereen zich vrij voelde in het uiten van meningen is besloten en ook tevoren aangegeven dat de observaties in de verslaglegging in dit rapport geanonimiseerd zouden worden weergegeven.
De uitgenodigde experts ontvingen vooraf schriftelijk een korte uitleg van de opzet van de bijeenkomst met een overzicht van het programma. Wij benadrukten in dit schrijven dat men als expert aanwezig was en voor zover van toepassing niet (slechts) als vertegenwoordiger van een of meer betrokken belangen.
De experts zijn niet op de hoogte gesteld van de namen van de in het kader van dit onderzoek onderzochte cases.
Bij het overzicht van het programma troffen de genodigden reeds een paar passages over de te bepreken thema's en enige eerste bevindingen. Deze luidden als volgt:

1. *Oorzaak/misbruikrisico*

In de media en bij personeel dat bij een faillissement betrokken is, bestaat soms het beeld dat de faillissementsprocedure gebruikt wordt met als (enig) doel om van personeel af te komen of om arbeidsvoorwaarden te wijzigen. Onze eerste bevindingen uit de interviews wijzen op het tegenovergestelde. De factor arbeid speelt altijd een rol, maar niet een doorslaggevende rol bij het oplossen van de financiële moeilijkheden.

2. *Tijd/kosten/risico´s van het informele traject*

De duur, onvoorspelbaarheid en kosten van de procedure bij het UWV (tot 1 juli 2015 eventueel de kantonrechter) zouden reorganisaties buiten faillissement bemoeilijken.
Wanneer het bestuur van een onderneming vaststelt dat sanering van het personeelsbestand noodzakelijk is, is de route via het UWV niet altijd haalbaar. Tot 1 juli 2015 duurde een dergelijke procedure (los van een adviestraject met de ondernemingsraad en verplichtingen onder de WMCO) van start tot finish inclusief opzegtermijnen al gauw 3 tot 6 maanden. Gedurende deze periode moet de onderneming loon doorbetalen. Voordeel was dat er geen wettelijke vergoeding verschuldigd was en de ondernemer, indien hij toestemming verkreeg, wist waar hij aan toe was.
Sinds 1 juli 2015 is de proceduretijd bij het UWV weliswaar verkort tot 4 weken, maar gelden de opzegtermijnen nog steeds. Hier komt bij dat er sinds 1 juli 2015 een transitievergoeding verschuldigd is. Extra complicerende factor is dat hoger beroep en cassatie sinds 1 juli 2015 mogelijk zijn.

3. *Arbeidsrechtelijke bescherming in faillissement*

De verruiming van het begrip 'opvolgend werkgeverschap' in de Wwz leidt ertoe dat de keten van arbeidsovereenkomsten ook na een faillissement sneller wordt voortgezet. Een doorstarter verliest daardoor eerder de mogelijkheid om nog één of meerdere contracten voor bepaalde tijd aan te bieden. Dit verlies aan flexibiliteit kan ertoe leiden dat de doorstarter het personeelsbestand anders inricht en minder personeel een baan aanbiedt.

De discussie die in de praktijk leeft over de mogelijke toepasselijkheid van de bepalingen inzake 'overgang van onderneming' leidt tot terughoudendheid bij potentiële kopers.
Wanneer de doorstarter gehouden zou zijn keuzes ten aanzien van het personeel te objectiveren, kan dit mogelijk bijdragen aan groter begrip onder werknemers.

4. *Medezeggenschap*

Onze voorlopige bevindingen op basis van de gehouden interviews zijn dat curatoren inderdaad de ondernemingsraad niet bij de besluitvorming betrekken, althans hoogstens (in een laat stadium) informeren over de stand van zaken. In de precaire fase vóór een naderend faillissement wil men voorkomen dat in de markt bekend wordt dat de onderneming ernstige financiële problemen heeft die mogelijk leiden tot een faillissement. Daarom wordt ervoor gekozen de ondernemingsraad en ook de bonden niet in te lichten. Men durft niet te vertrouwen op geheimhoudingsverklaringen.

Hieronder volgt per thema een geanonimiseerd verslag van de expertmeeting met steeds een korte inleiding van een lid van het onderzoeksteam gevolgd door observaties vanuit de expertgroep. Achter elk liggend gedachtestreepje schuilt een andere deelnemer aan de bijeenkomst dan degene die juist daarvoor aan het woord was. Tijdens de bijeenkomst is er

zoveel mogelijk zorg voor gedragen dat iedere aanwezige op een evenwichtige wijze aan bod kwam.
Vragen van de zijde van de voorzitter van de bijeenkomst zijn niet weergegeven.[29] Zij dienden immers vooral om standpunten te laten verduidelijken en/of het debat in goede banen te leiden.

Het verslag volgt de chronologische volgorde van de bijeenkomst. Het gaat met het oog op de leesbaarheid om een ingekorte versie. Een enkele keer werd een specifieke case genoemd en besproken. Deze passages zijn hier niet dan wel in algemene zin weergegeven. Spreektaal is vervangen door schrijftaal. Wel is steeds zoveel mogelijk gebruik gemaakt van de bewoordingen die daadwerkelijk werden gebezigd.

5.2 Thema 1: Oorzaak moeilijkheden en risico misbruik faillissement[30]

Toelichting van de zijde van het onderzoeksteam:
Het eerste thema ziet op de oorzaak van het in moeilijkheden geraken en betreft het risico van misbruik van faillissementsrecht. Er is inmiddels een aantal interviews afgenomen en de eerste bevindingen wijzen het volgende uit. In de media en ook bij personeel bestaat soms het idee dat het faillissementsrecht gebruikt wordt met als enige reden om van personeel af te komen, of de arbeidsvoorwaarden te wijzigen. In de interviews wordt dit niet onderschreven. Een enkeling herkent zich daar wel in, maar de meerderheid zegt dat ze dat misbruikrisico niet zien. Ze geven daarbij aan dat financiële problemen veroorzaakt worden door tal van factoren. De kosten die gemoeid zijn met personeel vormen één van de kostenposten waar een onderneming tegenaan loopt. Rente en huurverplichtingen zijn andere voorbeelden van relevante kosten. In personeelskosten kun je snijden om een faillissement te voorkomen. De factor arbeid speelt derhalve altijd een rol, maar geen doorslaggevende rol bij het oplossen van die financiële moeilijkheden. Wel geven de interviews aan dat als een onderneming eenmaal failliet is gegaan, gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheden die het faillissementsrecht biedt om vanuit faillissement het personeelsbestand in te krimpen, arbeidsvoorwaarden bij te stellen en vrij te kunnen kiezen uit het personeelsbestand. Op die manier probeert een doorstartende partij met een gezondere kostenstructuur door te gaan. Dat zijn in het kort onze eerste bevindingen.

---

[29] Zo is nog geen ervaring opgedaan met de sinds 1 juli 2015 geldende regel dat indien het UWV weigert op de a-grond (ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden) toestemming voor de opzegging van een arbeidsovereenkomst te verlenen, de werkgever de rechter kan verzoeken de arbeidsovereenkomst alsnog op de a-grond te ontbinden (artikel 7:671b lid 1 sub b BW). De rechter kan in dit geval op deze grond ontbinden indien hij van oordeel is dat het UWV ten onrechte toestemming heeft geweigerd of inmiddels alsnog aan de ontslagcriteria is voldaan. De bevoegdheid een dergelijk ontbindingsverzoek bij de rechter in te dienen vervalt twee maanden na de dag waarop de toestemming door het UWV is geweigerd (artikel 7:686a lid 4 sub d BW). Het punt is relevant voor de rechtspraak omtrent misbruik van faillissementsrecht. In deze rechtspraak komt tot uitdrukking dat de omstandigheid dat kort voor een faillissementsaanvraag door het UWV toestemming voor ontslag is geweigerd een factor vormt die meeweegt in de beoordeling van de stelling dat het faillissementsrecht wordt misbruikt. Bij deze factor speelt voortaan een rol of de werkgever gebruik heeft gemaakt van de hier geschetste mogelijkheid en wat het resultaat daarvan was.
[30] Aan de start van de expertmeeting is aangegeven dat het onderzoek ten aanzien van de definitie van het begrip ‘misbruik’ uitgaat van het begrip zoals dit in de rechtspraak wordt gehanteerd. Zie daaromtrent paragraaf 3.5.

Observaties uit de expertgroep:

- Het gezegde sluit naadloos aan bij mijn ervaringen. Zelden of nooit zal personeel het enige en doorslaggevende punt zijn. Maar wel vaak een zwaar punt. Het grootste probleem is dat er eigenlijk maar twee scenario's zijn als je wilt herstructureren bij een bedrijf dat in moeilijkheden zit. Dat is ofwel de dure weg, met een collectief ontslag met een sociaal plan en dergelijke. Ofwel de goedkope weg via het faillissement. Het is bij de laatste route dat de geur van misbruik komt te hangen. Ik denk dat dit onterecht is. Ik denk dat het probleem is dat er maar twee alternatieven zijn. Hebben bedrijven te maken met een scherpe terugval van de omzet, zoals in de crisis die zeven jaar geleden uitbarstte, dan heb je teveel personeelsleden. Dus dan moet je daar wat aan doen. En als collectief ontslag met sociaal plan te duur is, dan blijft alleen maar die goedkope variant over.
- Dat beeld onderschrijf ik. Ik heb zelf een onderzoek gedaan naar de faillissementen waarbij ik de afgelopen jaren betrokken ben geweest. In één geval was men er echt op gericht om van één hele vervelende, vonden zij dan, werknemer af te komen. Ze hadden alles geprobeerd om die buiten faillissement te lozen maar die ene persoon blokkeerde dat kleine bedrijfje en uiteindelijk is een constructie gevonden om via faillissement van hem af te komen. In de andere gevallen was de factor personeel wel relevant, maar zeker niet dominant. In het grootste gedeelte van de gevallen waren gewoon de marktomstandigheden de reden waarom het faillissement is uitgesproken. Fraude komt vaker voor in faillissementen als oorzaak dan het puur gericht zijn op het lozen van werknemers. Het lozen van werknemers, is echt eigenlijk marginaal een oorzaak van faillissement. Nog één ding, men denkt wellicht dat doorstarten makkelijk is als je de krant leest. Maar je bent afhankelijk van allerlei factoren. Er moet altijd nog een curator bij het kruisje tekenen voor de transactie die de doorstart bezegelt en er zijn mogelijk kapers op de kust. Van de ene op de andere dag heb je ook geen bank meer. Dus je moet ook weer een nieuwe financier zien te vinden, de klanten kunnen weglopen, want die kun je niet dwingen om met je mee te gaan. Hetzelfde geldt voor de werknemers die je graag wil houden. Je hebt het risico dat je wegens onbehoorlijk bestuur wordt aangesproken, omdat er een curator in de boeken gaat kijken. Er is ook maar heel weinig tijd om een doorstart te realiseren. Dus een doorstart is een heel onzeker proces. En de kans van slagen is ook zeker niet groot.
- Ik kan me hier helemaal bij aansluiten. Het ontslag van werknemers is niet het grootste probleem. En doorstarten is vaak veel complexer dan je denkt. Dus dat adviseer je toch niet al te snel. Een goede ondernemer ziet dingen aankomen en weet hoe die moet omgaan met terugvallende omzet en aanpassingen van personeel. En dan zijn inderdaad langlopende verplichtingen als lease, huur en bank vaak een veel groter probleem dan personeel. Ik merk wel bij het MKB sinds midden dit jaar dat ondernemers zich zorgen maken over de transitievergoeding.
- De uitkomst hangt af van de definitie die je geeft van misbruik of van oneigenlijk gebruik. Wij komen gevallen tegen waarbij in kleinere bedrijven eigenlijk helemaal geen financiële problemen aan de orde zijn. Waar het faillissement/de doorstart gebruikt wordt om van één personeelslid die duur is af te komen. We hebben dat verschillende keren meegemaakt. Maar wat je ook kan beschouwen als misbruik is dat faillissement met doorstart een relatief goedkope en gemakkelijke manier is om te reorganiseren.
- Ik kom misbruik weinig tegen. Het meest concrete geval was een kwestie waarbij een stille bewindvoering was gevraagd. Het was duidelijk dat het oogmerk van die ondernemer was om van het personeel af te komen. Die heeft dat verzoek vervolgens ingetrokken. Dat is de enige

keer dat ik echt misbruik heb gezien. De kosten van een reorganisatie zijn in mijn ervaring niet snel de oorzaak van een faillissement. Het is altijd een complex van factoren. Ik ben betrokken geweest bij een reorganisatie van een internationale groep en ik kon toen het Nederlandse systeem vergelijken met het Duitse systeem. In Nederland was in die moeilijke situatie van het bedrijf een faillissement onvermijdelijk, terwijl in Duitsland, onder vergelijkbare omstandigheden, een relatief goedkope reorganisatie nog mogelijk was. Ik vond dat een opmerkelijk verschil.
- Faillissementen worden met name veroorzaakt door langdurige financiële problemen bij een bedrijf. We zien wel een aantal branches waar misbruik, of oneigenlijk gebruik of fraude, dat zijn drie verschillende termen, wat meer naar voren komt. Maar dan zien we met name dat dit gebeurt om met de uitstaande schulden om te gaan, dus eigenlijk de crediteuren te benadelen.
- Ik heb nog nooit meegemaakt dat een onderneming echt voor zijn plezier failliet ging. Betreft het een manier om goedkoop van personeel af te komen? Dat is natuurlijk waar, in faillissement is het natuurlijk veel goedkoper. Maar daar zijn twee nuances bij. Een doorstart is geen sinecure, het is verrekte moeilijk. En het tweede punt. Natuurlijk, een onderneming die het moeilijk heeft, omdat de business tegenvalt of de omzet tegenvalt, heeft teveel personeel. Zielige ondernemers zijn de ondernemers die geen geld meer hebben om personeel te ontslaan. Maar mijn ervaring is dat daar met vakbonden ook heel goed over te praten valt. Onder druk wordt alles vloeibaar. Ik heb vroeger geleerd, dat als er echt serieus een financieel probleem is, vakbonden bereid zijn om een veel lager sociaal plan te accepteren om de onderneming overeind te houden. Dus er zijn, ook vlak voor het faillissement, toch wel mogelijkheden. En daarom adviseer ik altijd: probeer het buiten faillissement om. Als het niet anders kan, dan moet het maar. Maar dan komt er een curator, je bent de macht kwijt, je weet niet wat er dan gebeurt.
- Ik onderschrijf dat een doorstart niet makkelijk is. Je moet ook zorgen dat je financiering vindt. Zodra je over een iets groter bedrijf praat, moet er in het kader van een doorstart een oplossing in de financiering gevonden worden. Een bank zal kijken naar wat het business plan is. Is er een visie op de toekomst, is dat financierbaar? Dan moet er ook vertrouwen zijn in de ondernemer. Een ondernemer die alleen maar probeert van personeel af te komen, geeft geen goede reden om mee verder te gaan.
- Ik vind de eerste conclusies wel opmerkelijk, omdat de factor arbeid en die kosten in zo’n reorganisatie waarop zo’n insolventiescenario drijft, wel heel belangrijk zijn. Wanneer je substantieel moet snijden in de personeelskosten, dan wordt het een complex proces. Ik geloof best wel dat vlak voor faillissement de bonden vaak bereid zijn om wat te doen. Maar wanneer dat nog niet speelt, dan is dat toch vaak een lastig proces.
- Ik ben het er mee eens dat de oorzaken van slechtlopende bedrijven en mogelijk faillissement zelden alleen in de arbeidskosten gelegen zijn. Ik ben zelfs geneigd te zeggen dat het altijd heeft te maken met het gedateerd raken van business modellen. Wat belangrijk is naar de toekomst toe: de ontwikkeling is dat de business modellen steeds uitdagender worden en dus de behoefte aan flexibele schillen in bedrijven steeds groter wordt. De Wwz zou wel eens een averechts effect kunnen hebben. Omdat de perceptie van kosten van afvloeien hoog is, is de neiging om ontslag uit te stellen groot. Men hikt aan tegen de procedure, de kosten. Dan kun je achteraf zeggen: je had eerder moeten ingrijpen. Maar dit zijn wel psychologische processen die lopen en die ook alles met wet- en regelgeving te maken hebben en met de vermeende kosten. Ik denk dat als we daar iets aan kunnen doen, we al veel ellende besparen. Een doorstart via faillissement is erg lastig. Het reorganisatievermogen voor faillissement

moet gewoon veel beter zijn. Met de Wwz zetten we een stap terug. Want als je in bedrijfseconomische problemen komt, krijg je om van het personeel af te komen met de kosten van een transitievergoeding te maken, terwijl je voorheen bij een bedrijfseconomische noodzaak de kosten kon verlagen.

- Ten aanzien van de vraag of een faillissement voor een bedrijf een keuze is, was net aan de orde dat er een neiging is tot het uitstellen van ontslagprocedures. Verderop in de problemen is het geen keuze meer om failliet te gaan. Maar ik denk wel dat er eerdere stadia zijn waarin je je kan afvragen: ga ik die hele dure variant of die extreem goedkope variant doen? In zoverre kan ik me wel voorstellen dat er dan sprake is van een keuze.

- Je kunt besluiten om in een eerder stadium te gaan reorganiseren, of nog wachten totdat je de mogelijkheid hebt om via faillissement een doorstart te maken. En ik heb ook wel van mensen gehoord, dat sprake is geweest van een bewuste keuze. Je ziet ook dat op het moment dat je in een faillissementssituatie zit de bereidheid van werknemers om in te schikken wat groter is. Dus het verloopt allemaal wat soepeler. En je kunt het natuurlijk makkelijker vormgeven, je bent in één klap van al je personeel af en vervolgens kun je gaan kiezen wie je verder mee wilt nemen. Dus het heeft een hoop voordelen – niet iedereen maakt die afweging – om te wachten totdat de situatie zodanig is dat je echt een beroep kunt doen op de faillissementswet. Dit in vergelijking met een in een eerdere fase overleggen met de bonden of met de ondernemingsraad met de mededeling: dit zijn de problemen die we hebben en als we zo door gaan dan gaat het op niet al te lange termijn mis.

-Voor het kleinbedrijf ligt het iets anders. Bij het kleinbedrijf is de onderneming het kindje. Als dat failliet gaat, is dat een drama. Daarbij komt dat vaak de ondernemer in privé gebonden is aan banken en dergelijke en dat een faillissement van zijn bedrijf vaak ook betekent dat de ondernemer zelf onderuit gaat. Dus voor het kleinbedrijf is een faillissement geen keuze, maar het allerlaatste wat hij moet doen, indien het echt niet anders kan.

- In het bestuur van een openbare instelling is afgesproken dat een doelreserve wordt gevormd. Men spaart elk jaar om te zijner tijd een eventuele reorganisatie te kunnen betalen. Je kunt je afvragen of goed ondernemerschap niet met zich brengt dat je rekening houdt met slechte tijden.

- We praten nu vooral over slechte ondernemers. Iedere directeur die failliet gaat, is gefrustreerd. Want het is niet gelukt zijn belangrijkste taak, de continuïteit van de onderneming op de lange termijn, veilig stellen. Ik meen dat er naast de 'goede' directeur twee andere soorten directeuren zijn: de scharrelaars en de fantasten. Daartussen zitten al die verstandige directeuren die we ook nooit ontmoeten in dit soort discussies. Die weten het te regelen. De fantasten blijven geloven en die anderen zijn aan het scharrelen. Dus je moet vooral naar de slechte ondernemer kijken. De goede gaat niet failliet, want die heeft een voorziening getroffen. De fantast doet dat niet, die gelooft er nog in.

- In z'n algemeenheid denk ik dat 99% van de bedrijven die failliet gaan zwaar onder water staan en dat die alleen nog maar een keuze hebben uit verschillende kwaden. Bij grotere organisaties kan de keuze zijn dat je aan verliesfinanciering doet, dus dat je blijft bijstorten als aandeelhouder om te voorkomen dat iets failliet gaat. In zoverre is er wel een keuze. Maar er is niet echt een keuze 'we gaan eens even failliet, omdat dat zo leuk is'.

5.3 *Thema 2: Tijd/kosten/risico´s van het informele traject*[31]

Toelichting van de zijde van het onderzoeksteam:
Uit de interviews kwam naar voren dat bestuurders van ondernemingen in financiële moeilijkheden vaak laat, zo niet te laat, aan de bel trekken. Wanneer het bestuur dan vaststelt dat er actie moet worden ondernomen, is de route naar het UWV vaak al niet meer haalbaar. Voorts is er een onderscheid naar de situatie tot 1 juli 2015 en na 1 juli 2015. Tot 1 juli 2015 duurde een procedure bij het UWV, los van het adviestraject met de ondernemingsraad en de verplichtingen uit de Wet Melding Collectief Ontslag, al gauw drie tot zes maanden. Soms was er geen geld meer om die periode te overbruggen. Wel was er geen sprake van een wettelijke vergoeding en de ondernemer wist dat als er toestemming van het UWV werd verkregen, in ieder geval het dienstverband geëindigd was. Dat waren vanuit werkgevers-perspectief voordelen van de oude situatie, kwam uit de interviews naar voren. Sinds 1 juli 2015 is de proceduretijd bij het UWV verkort naar vier weken. Dat maakt feitelijk weinig uit, omdat je, zo luiden de bevindingen, toch nog aan de opzegtermijn gebonden bent. Daar komt bij dat een transitievergoeding verschuldigd is in het informele traject. Als extra risico of complicatie wordt hoger beroep en cassatie opgemerkt. Dat geeft dan extra onzekerheid. In sommige interviews wordt bovendien aangegeven dat het afspiegelings-beginsel belemmerend zou werken bij een reorganisatie. Kort gezegd: de duur, onvoorspel-baarheid, inflexibiliteit en kosten van de procedure bij het UWV, en tot 1 juli 2015 ook bij de rechter, zou de reorganisatie buiten faillissement bemoeilijken. Dat zijn de eerste bevindingen.

Observaties uit de expertgroep:
- Het zou mooier zijn als je zou kunnen voorkomen dat er überhaupt zo'n situatie zoals hier plaats vindt. Zou het niet veel beter zijn om, als het slechter gaat met het bedrijf, in overleg te gaan met de bonden om te kijken hoe je dit alles kunt voorkomen. Als het slecht gaat met een onderneming moet je op de één of andere manier gaan kijken hoe je de boel weer op de rails gaat krijgen. Faillissement blijkt toch altijd de laatste mogelijkheid te zijn. Laten we proberen om die laatste mogelijkheid überhaupt geen kans te hoeven geven. Een vermindering van arbeidsvoorwaarden gaat wel. Je moet natuurlijk wel een bepaald midden vinden. Maar als dat ervoor kan zorgen dat er uiteindelijk minder mensen met een ontslag worden geraakt, dan is dat iets waar je ook wel naar wil kijken. De vraag is wel op welk moment je naar de bonden komt. Als dit pas gebeurt als het hard nodig is, dan is in feite de vraag die wordt neergelegd of men het even kan gaan uitleggen aan de leden.
- Van belang is, is dat op het moment dat de bonden overleg plegen met hun leden en de verschillende varianten aan hen voorleggen, het duidelijk moet zijn dat inleveren inderdaad leidt tot behoud van werk en dat men niet eventueel een half jaar later toch zonder werk komt te zitten met een lager salaris. Een aanpak waarbij de vakbondsleden kunnen kiezen of ontslagen te prefereren zijn boven het inleveren van salaris, is te verkiezen boven een aanpak waarbij anderen uitmaken wat het beste is voor de werknemers.
- In de praktijk ontbreekt een instrument om een aanpassing van arbeidsvoorwaarden ten aanzien van een collectiviteit soepeler te maken. Ik heb een aantal keren meegemaakt dat een bedrijf hoge arbeidsvoorwaarden had die dateerden uit een andere tijd. Toen men in de problemen kwam, raakten ze daar niet van af, omdat ze vóór faillissement geen instrument hadden om dat collectief af te dwingen. Dan is een faillissement een oplossing. Ik vind het

[31] Met 'informeel traject' wordt in het kader van dit rapport gedoeld op reorganisaties zonder insolventieprocedure.

jammer dat in WCO II werknemers zijn uitgezonderd. Het zou goed zijn als zij ook over hun eigen arbeidsvoorwaarden kunnen stemmen.

- Ik kom terug op de gedachte dat het probleem deels ligt bij de fantast. Veel ondernemers hebben, als het minder goed gaat, de neiging om de kop in het zand te steken. Het is prima als bonden er tijdig bij betrokken zijn en ook dingen kunnen aandragen. Het probleem is, waar is de incentive voor de ondernemer om dat te doen? Die is met hele andere dingen bezig. Wij kennen de meldingsplicht ten aanzien van de fiscus en bedrijfsvereniging. Je moet binnen twee weken een melding doen, want anders loop je aansprakelijkheidsrisico. Dat werkt enigszins. Een incentive is ook dat als je verplichtingen aangaat die je misschien niet meer na kan komen, je misschien persoonlijk aansprakelijk bent. Is er niet iets op het werknemersvlak te vinden? Want je hebt nou eenmaal met die struisvogel te maken die heel lang niks doet. In Zwitserland moet de accountant eerder en vaker meldingen doen als hij ziet dat het niet goed gaat. Zoiets, waarbij ook meer de belangen van de werknemers beschermd worden. In Duitsland hebben ze de überschuldung. Daarom worden ze daar zenuwachtiger dan hier. Je moet ergens een incentive inbouwen om eerder te gaan praten met belanghebbenden.

- Als we kunnen organiseren dat we er eerder bij zijn, en dat ondernemers eerder geprikkeld worden, is dit altijd het beste. Tot op heden is het natuurlijk wel de situatie dat ondernemers veel te laat aankloppen en dat er dan al enorme liquiditeitsproblemen zijn. Ik ben er wel een voorstander van om te kijken hoe je het reorganisatievermogen kan verbeteren. Onder de oude regelingen van voor 1 juli 2015 was aantrekkelijk dat er genoeg mogelijkheden waren, ook in overleg met vakbonden en ondernemingsraad, om te kijken hoe je de reorganisatiekosten naar beneden kon brengen. De Wwz geeft daar onzekerheid over. Als je echt gehouden bent aan die transitievergoedingen, dan zal dat een hele lastige worden.

- Eigenlijk is door de Wwz het verschil tussen buiten faillissement en in faillissement scherper geworden. Ik verwacht dat bedrijven, omdat zij die transitievergoedingen niet kunnen betalen, eerder noodgedwongen naar faillissement zullen moeten gaan. Terwijl dat echt de allerlaatste optie is, want je wil gewoon geen faillissement achter je naam.

- Het gaat nu alleen over het personeel. Ik zit na te denken over de introductie van een '3-B overleg', een overleg wat gedurende één maand plaats vindt met de banken, de belastingdienst en de bonden. Dat zijn de B's. En daar staat tegenover dat deze drie partijen precies datgene niet doen waar we zo bang voor zijn als we ze bellen, en dat is actie ondernemen. Dus de bank verplicht zich om een maand het krediet niet op te zeggen. De belastingdienst verplicht zich om een maand geen bodemslag te leggen. En de bonden zeggen toe in die maand niet te staken of weet ik wat uit te roepen. Dan heb je precies de drie partijen aan tafel die we op het ogenblik niet durven te bellen. De ondernemer mag ook aan die tafel plaats nemen. Het is een suggestie voor gestructureerd stakeholder management wat normaal vaak slecht gebeurt. Er kan voor de ondernemer ook een soort incentive in zitten, denk aan de bestuursaansprakelijkheid. Maar het kan natuurlijk alleen maar als gegarandeerd is dat de onderneming gedurende die maand niet achteruit rolt. En daar zit je weer in de richting van de stille bewindvoerder. De bank mag niks doen en de fiscus mag niks doen. Maar dan wil je over een maand tenminste in dezelfde situatie zitten als nu. Wie garandeert dat? Niemand. Dat is het probleem denk ik. Je moet een soort extern toezicht daarbij hebben. Het is prima en beter dan niet overleggen, maar je verplicht de partijen die geïnformeerd worden tot een maand standstill.

- Misschien moet je dan beginnen met een week standstill. In die week zullen de banken en de bonden en de belastingdienst het gevoel moeten krijgen dat het zinnig is om het overleg voort te zetten.
- Een standstill is natuurlijk niet zo vreemd. Als je nu informeel naar een akkoord streeft, dan vraag je partijen ook om een standstill. Ik zie eigenlijk altijd dat partijen zo'n standstill wel accepteren.
- Op zich vind ik het idee van die accountant interessant. Het is wel van belang aan wie die accountant meldt en of inderdaad de betrokken partijen dan op de hoogte komen van de beroerde financiële situatie. Wat je nu vaak ziet is dat weliswaar in de Wet op de ondernemingsraden opgenomen staat dat de ondernemer de ondernemingsraad moet informeren als het financieel slechter gaat met het bedrijf, sowieso over de financiële situatie van het bedrijf, en daar ook overleg over moet voeren. Maar het komt toch regelmatig voor dat alle werknemers, inclusief de ondernemingsraad, bij een pre-pack op vrijdag te horen krijgen: vandaag gaat het bedrijf failliet, maar maandag gaan we verder. In de tussentijd en de tijd daaraan voorafgaand is er dan duidelijk iets mis gegaan, als pas op zo'n moment de ondernemingsraad te horen krijgt dat er financiële problemen waren. Het zou mooi zijn als een buitenstaander problemen eerder kan signaleren en dat zou leiden tot de nodige maatregelen.
- Wat mij verbaast bij de Wwz is dat de transitievergoeding niet verschuldigd wordt in surseance. Dit instrument zal gebruikt gaan worden de komende tijd. Het verbazende is dat de sociale partners daar mee hebben ingestemd, terwijl het stimuleert dat er individuele ontslagen komen. De sociale partners hebben tegengehouden, dacht ik, dat in WCO II werknemers mee kunnen doen, terwijl dat een collectieve oplossing had geboden. Het systeem van de Wwz leidt er toe dat individuele werknemers worden ontslagen en wel via een surseance zonder transitievergoeding, terwijl er geen oplossing ligt die een neerwaarts bijstellen van loon toestaat van, bijvoorbeeld, 10% boven cao naar 3% boven cao.
- Vergeet niet dat een goed georkestreerde surseance, waar je gelijk een akkoord aanbiedt, binnen zes weken klaar kan zijn. Als je zorgt dat je het akkoord aanvraagt en de volmacht in je achterzak hebt, dan zal de rechter altijd eerst die vergadering over het akkoord bepalen. En je weet dat het voorstel aangenomen wordt, want je hebt die volmacht in je achterzak. De bewindvoerder zal niet veel doen, want hij weet dat hij binnen een paar weken weer klaar is.
- Eens, maar het is wel afhankelijk van de branche. In sommige branches werkt een surseance goed, omdat de negatieve gevolgen van het publiek minder zijn. We moeten ons realiseren dat je de informele fase voor bepaalde branches veel meer nodig zal hebben. Ik doel op branches waar het vertrouwen in het bedrijf essentieel is. Zit je in een branche waar de reactie enorm is, dan is een surseance geen oplossing.
- Als je alleen van de transitievergoeding af wil komen en je biedt de crediteuren 99% in het kader van een akkoord, dan stemmen ze allemaal voor. En dan heb je een eerste voorbeeld van een vorm van misbruik.
- Naast de kosten van de transitievergoeding en de doorlooptijd van een UWV-procedure hebben we ook nog het afspiegelingsbeginsel. Dat is ook wat het aantrekkelijker maakt om in faillissement te reorganiseren. Omdat je makkelijk iedereen kan ontslaan. En wat de Wwz betreft geldt dat niet meer mogelijk is zieke werknemers in de reorganisatie te betrekken. Dat kan een prikkel zijn om je ziek te melden op het moment dat er een reorganisatie aan komt. Dus dat vind ik geen vooruitgang van de nieuwe regeling. Meer in z'n algemeenheid zou je nog eens naar dat afspiegelingsbeginsel moeten kijken. Het gaat om een heikel thema. Het

lijstje van de werkgever van personen met wie hij verder wil en met wie niet, valt in het algemeen niet eenvoudig te matchen met het lijstje wat er volgens het afspiegelingsbeginsel wordt opgemaakt. Dat is niet vreemd natuurlijk, maar dat betekent vaak wel dat er nog een aantal maanden wordt gepuzzeld hoe je met bepaalde functiewisselingen en stukjes en overplaatsingen of wat dan ook kunt proberen te bewerkstelligen dat de werkgever de door hem gewenste werknemers in dienst houdt en de anderen kan laten afvloeien. En dat is dan in de marge. In ieder geval kost dat ook veel tijd. Ondernemers komen al te laat en dan komen ze ook nog met zo'n wensenlijstje. Dat maakt het allemaal buitengewoon complex om binnen afzienbare tijd, ook met de opzegtermijnen erbij, tot een reorganisatie te komen via de ontslagprocedure van het UWV. Soms loop je uit je tijd door dit soort dingen en wordt het faillissement onafwendbaar. Maar het maakt het in ieder geval wel aantrekkelijk voor de werkgever om te zeggen: als dit dan het resultaat is wat uit de UWV procedure komt, met alle ongewenstheden erbij, want je hebt ook geen garantie van te voren dat het wordt toegewezen, laat ik dan maar de stekker eruit trekken.

- Met de surseance is heel weinig ervaring bij bewindvoerders, omdat de batterij werknemersbescherming volledig overeind staat, terwijl die in faillissement is omgevallen. Het verdwijnen van de transitievergoeding – die weer een stuk lager is dan de kantonrechters-formule – zal in beginsel een incentive zijn om via surseance te gaan reorganiseren. Ik zie daar nog een hoop onzekerheden, juist omdat er geen ervaring is. Men moet zich realiseren dat de opzegtermijnen voor oudere werknemers en werknemers met veel dienstjaren in surseance gewoon volgens de wet zijn. In faillissement is het altijd zes weken. Er is een sluimerende discussie, die eigenlijk nooit nodig is in faillissement, over ontslagverboden. Ik zie nog allerlei gewenningsproblemen. En dan is er nog één ding, dat is echt heel opmerkelijk, dat een transitievergoeding die reeds verbeurd is op het moment dat de surseance intreedt, verdwijnt. Dat snapt niemand. Als juristen snappen wij niet hoe een bestaand recht kan worden afgepakt. Dan zie je bijvoorbeeld de situatie dat een werkgever tegelijkertijd meneer A en meneer B ontslaat. Die hebben allebei recht op een transitievergoeding. Meneer A wordt betaald, meneer B nog even niet. Want daar heeft de ondernemer nog geen geld voor. Twee weken later gaat hij in surseance en meneer B is zijn recht kwijt. Onbegrijpelijk.

- In WCO II is de aanpassing van arbeidsovereenkomsten uitgesloten. Zou dat moeten veranderen? Want het biedt een algemene mogelijkheid om toekomstige verplichtingen uit bestaande rechtsverhoudingen aan te passen met uitzondering van arbeidsovereenkomsten. Met alle waarborgen omgeven denk ik dat we die mogelijkheden moeten meenemen. Ik denk bij waarborgen aan de toetsbaarheid van de economische noodzaak door een rechter.

- Als de betreffende klasse ervoor stemt, heb je al een hele belangrijke toets gepasseerd. Als die klasse er tegen stemt, dan zal dat een moeilijke hobbel zijn om te passeren bij de rechter. Maar als die klasse nou voorstemt? Bij sommige casus kan ik me dat zo maar voorstellen. En de rechter is er altijd nog om aan het einde van de rit te toetsen of het goed is. Dan heb je toch een goed systeem?

- We moeten ons wel blijven realiseren dat het uiteindelijk vaak een krachtenspel is tussen de aandeelhouder die er misschien nog wel extra geld in wil stoppen, maar alleen als anderen een haircut nemen. Hoe redelijk vind je dat op een gegeven moment en vind je dat een markt dat moet faciliteren? Dat bedoel ik ook met waarborgen. Niet alleen focus op het redden van die onderneming en het liefst nog buiten faillissement. Dat krachtenspel is er ook en er zijn ook 100 andere ondernemers die het wel allemaal netjes volgens de regels doen. Het is heel lastig op het snijvlak van : wat vind je dat nog wel redelijk is en wat niet.

- Het gaat om een hele principiële vraag, want als je zegt; ik ga ingrijpen in de arbeidsovereenkomsten, dan kan je ook zeggen, dat kan ook eventueel voor de huurovereenkomsten. In het kader van WCO II is dat een hele lastige discussie. Ga je alleen bestaande schulden saneren, of ook voor de toekomst. Ik vind het wel ver gaan.
- Ten aanzien van de wenselijkheid van het mogelijk maken van aanpassingen van de arbeidsovereenkomst op basis van WCO II is een lastig punt dat je goed moet kijken naar misbruik. Je wil niet in een situatie terecht komen waarbij het interessant is om te wachten met reorganiseren en surseance aan te vragen, omdat je dan op een makkelijker manier de arbeidsovereenkomst kunt beëindigen of wijzigen. Je moet er ook voor oppassen dat het als volgt gaat: je begint met de huidige situatie van faillissement, we maken surseance makkelijker en dan zeggen we dat zo snel wordt gegrepen naar het instrument van surseance, misschien moeten we het reguliere arbeidsrecht ook aanpassen en het ontslagrecht wat versoepelen. Zo van, we beginnen bij het faillissementsrecht en we gaan het alsmaar naar voren doortrekken. Terwijl je juist ook de andere kant kan opgaan.
- Je hebt inderdaad drie fases; vóór surseance, in surseance en in faillissement. Maar je houdt de principiële vraag of het ook mogelijk moet zijn om in plaats van 10% van de mensen te laten afvloeien, niemand te laten afvloeien en een aanpassing van de arbeidsvoorwaarden door te voeren. Dat is een keuze die op dit moment eigenlijk niet mogelijk is.
- In dat informele traject wil je voorkomen dat er onredelijk wordt opgetreden. Of dat nou gaat over crediteuren of één schuldeiser die dwars ligt. Daar wil je graag een instrument voor hebben. Ik zou niet weten wat daar verkeerd aan is. Dat je in zo'n informele fase met werknemers, met vakbonden en ondernemingsraad een open dialoog hebt over hoe je dingen gaat oplossen. En dat dit ook wettelijk gekaderd wordt.
- Dit zou je niet moeten kunnen doen zonder overleg met werknemersvertegenwoordigers. Als de werknemers die het aangaan een bepaalde voorkeur hebben voor één van de twee keuzes, dan vind ik dat je dat moet respecteren.
- Volgens mij bekijken we een tussenfase van niet het faillissement in, maar ook niet meer in het vrije veld, waarbij je in die tussenfase de bonden en de ondernemingsraad er meer bij betrekt.
- Ik proef in de discussie de suggestie dat een gekwalificeerde meerderheid van het personeel dat voor een bepaald percentage salarisverlaging is de minderheid van het personeel dat daar tegen is, bijvoorbeeld 3%, moet kunnen binden. Dit speelt dan alleen binnen de categorie werknemers.
- Het zou dus niet erom gaan dat andere schuldeisers de categorie werknemers kunnen overstemmen. Het draagvlak is natuurlijk van belang, ook bij de bonden. Het gaat er niet om dat een derde zegt tegen 80% van de werknemers, u zult dit doen. Waar het om gaat is dat bijvoorbeeld 70% van de werknemers zegt dat dit goed is voor allen, en 30% zegt van niet. En bij welk percentage zeg je dan dat men overstemd kan worden.
- Zo'n bindingsmogelijkheid van een ruime meerderheid versterkt de positie van de vakorganisaties als die op zich bereid zijn medewerking te verlenen.
- Je ziet natuurlijk ook in faillissement en surseance dat voor akkoorden de democratie geldt. Maar in faillissement en in surseance heb je wel de rechter nog. Ik ben ten eerste voor zo snel mogelijk reorganiseren. Informeel of WCO II is veel beter dan surseance en dat is veel beter dan faillissement. Maar zodra er een minderheid wordt weggestemd, denk ik dat er een wettelijke toets moet komen.
- Dat zijn die waarborgen. Daar moet naar gekeken worden.

- Ik denk dat als dat beter geregeld wordt, het moet kunnen. Je zou de bonden een rol kunnen geven bij een akkoord, dat de rechter dan de bonden hoort.
- De vakbonden gaan eerder betrokken worden als je het zo doet.
- Het is bij uitstek een herstructureringsinstrument waarbij de bonden een rol kunnen pakken. Bij alle andere instrumenten hebben zij die rol niet. Dus juist in WCO II kun je een rol voor jezelf creëren.
- Inbreuken op de contractsvrijheid vind ik nogal vergaand. Ik heb minder moeite dat je iemand dwingt met een akkoord ten aanzien van het verleden mee te doen dan dat je zegt; in de toekomst zijn je arbeidsvoorwaarden dat en dat. Als een werknemer dan zegt, dat hij niet meer voor dit bedrijf wil werken, moet hij ontslag kunnen nemen zonder dat dit consequenties heeft.
- Nu een ander punt. Ik deel de opvatting van degenen die aangeven dat de rol van het UWV in surseance moet worden teruggedrongen en dat de toetsing moet worden neergelegd bij de rechter-commissaris. Maar dan moeten we het anders optuigen dan hoe het nu gaat. Want nu is het vaak een stempelstuk. Iedereen is er aan gewend dat je die ontslagen zo krijgt. De bewindvoerder en de ondernemer moeten wel met iets komen, en daar moet dan een toetsingskader voor zijn. Dat kan niet zo even. Je hebt het over ingewikkelde vraagstukken. Honderd man personeel waarvan er twintig uit moeten en wie precies. Ik ben voorstander van het 'bij het UWV weg'-verhaal, omdat je anders teveel toezichthouders hebt. Maar dan moet er wel een kader komen. In de praktijk is men dat nu niet gewend.
- Dat moet natuurlijk gebeuren, met regels. Als dan die bewindvoerder deze rol integer vervult, dan zouden mensen die daar tegen zouden zijn hoogstens bezwaar kunnen maken tegen het feit dat er een surseance wordt aangevraagd. Maar als die surseance definitief is, dan heb je genoeg aan de rechter-commissaris en bewindvoerder plus directeur die dat netjes doen.
- Ik ben er een voorstander van dat je de belangrijkste stakeholders oproept en daar een zitting mee hebt zodat iedereen het woord kan doen. Zoals in de VS. Alleen al omdat een curator zich dan veel beter moet voorbereiden. En dat geldt dus zeker in surseance. Voordat de rechter-commissaris over een opzegging beslist, moet hij de bonden horen en de ondernemingsraad horen. Ik ben voor de stelling dat de rechter-commissaris de toetsing zou moeten doen in plaats van het UWV. De rechter-commissaris zit direct op dat faillissement en kan sneller te werk gaan dan het UWV.
- Maar het UWV heeft zich er wel in gespecialiseerd.
- Ja, maar dan moet je wel een kader schetsen. Er moet tenminste een zitting zijn, en dan bij wijze van spreken binnen 24 uur, waarin de bonden en ondernemingsraad ook vertegenwoordigd worden.
- Dan zet je wel het hele faillissementsrecht op z'n kop. Want nu heb je een curator, die onder toezicht van een rechter-commissaris staat. En tijdens surseance heb je een debiteur, die onder toezicht van de bewindvoerder staat en de rechter-commissaris heeft een adviserende functie en verder helemaal niks. Als je dat heel anders wilt inrichten, moet je dat niet alleen op dat ene punt doen. Daar moet je integraal over nadenken.
- Het gaat bij een dergelijke rol van de rechter-commissaris deels over beleidsbeslissingen. Soms wordt de rechter belast met beleidsbeslissingen, maar de primaire taak van de rechter is rechtspreken. Daar moet je over nadenken. Bewindvoerders zijn mannen en vrouwen uit de praktijk die in geld denken en niet in allerlei belangen.

- Ik denk dat het andersom werkt. Een zitting waarbij alle stakeholders aanwezig zijn en de rechter uiteindelijk moet beslissen zet een geweldige druk op alle partijen om het voor die tijd opgelost te hebben. Want men wil niet afhankelijk zijn van een rechter. We willen het voor een zitting voor elkaar hebben. Dus met de bonden en met de ondernemingsraad. Daar is het voor.
- Ook geldt dat de rechter een hele belangrijke beslissing neemt. Nu is het in faillissement zo dat de curator aan de rechter-commissaris wil laten zien dat hij de beste deal eruit heeft onderhandeld. Maar er zit niemand bij die zegt: dat zeg je allemaal wel, maar je hebt daar en daar nog niet aan gedacht. Dus er is niet een wezenlijke toets op het werk van de curator. Een zitting in aanwezigheid van betrokken partijen zorgt voor tegengeluid.

5.4 Thema 3: Arbeidsrechtelijke bescherming in faillissement

Toelichting van de zijde van het onderzoeksteam:
De verruiming van het begrip opvolgend werkgeverschap in de Wwz leidt er toe dat de keten van arbeidsovereenkomsten na faillissement sneller wordt voortgezet. Een doorstarter verliest daardoor eerder de mogelijkheid om nog één of meerdere contracten voor bepaalde tijd aan te bieden. Wanneer een doorstarter in een later stadium alsnog tot ontslag moet overgaan, kan hij in het kader van de transitievergoeding geconfronteerd worden met het arbeidsverleden van de werknemer bij de failliete onderneming. Een ander punt is de discussie die in de praktijk leeft over de mogelijke toepasselijkheid van de bepalingen inzake overgang van onderneming.[32] Dat is een extra risicofactor waar potentiële kopers rekening mee houden. Al die potentiële risico's leiden er toe dat de doorstarter het personeelsbestand anders inricht en minder personeel een baan aanbiedt. Een ander opvallend punt is dat een aantal geïnterviewden aangaf dat een harde knip in het faillissement zowel in het belang van werknemers als de crediteuren is. Als de keten gewoon helemaal opnieuw begint te lopen na faillissement, er een proeftijd overheen mag komen en andere arbeidsvoorwaarden opgelegd mogen worden, dan zal een doorstarter meer personeel aannemen, omdat hij meer flexibiliteit heeft en minder risico loopt. Dit vertaalt zich ook weer in een hogere prijs voor de boedel.

Observaties uit de expertgroep:
- Een punt van kritiek op de huidige pre-pack is dat wij er rekening mee moeten houden dat meer dan de helft van de doorstarts door een gelieerde partij wordt gedaan. Als ik hoor dat die gelieerde partij weer een proeftijd overeen komt met iemand die daar al 20 jaar werkt, kom op. Het is in Nederland al relatief makkelijk om als gelieerde partij door te starten. Het gaat om een kwestie met maatschappelijk een lage acceptatiegraad in de zin dat crediteuren altijd aan de curator vragen: kan dat zomaar? En dan zeg ik; ja, het kan inderdaad zomaar. Bij een doorstart met een echte derde, ligt het heel wat anders dan bij de doorstart met een gelieerde partij. En omdat de doorstarts met een gelieerde partij er zoveel zijn in Nederland, vind ik dat daar een ander regime voor zou moeten gelden.
- Ik denk inderdaad dat bij de doorstart met een externe partij geldt: wie betaalt, die bepaalt. Dus die externe partij kan op dat moment de keuze maken hoe hij met het bedrijf verder wil.

[32] De expertmeeting heeft zich niet bezig gehouden met de vraag of overgang van onderneming nu wel of niet in faillissement van toepassing is. Wel kwam heel kort ter tafel wat men eventueel op dit punt in Nederland via wetgeving zou willen regelen.

En hij moet natuurlijk niet een start maken met een bedrijf dat opnieuw in de problemen gaat komen. Het is inderdaad een belangrijke factor.
- Er zullen meer doorstarts met een gelieerde partij komen. Want het wordt door de regeling in de Wwz over opvolgend werkgeverschap ongunstiger voor de externe doorstarter om het te proberen. De prijzen zullen daardoor ook dalen. Ik ben het er mee eens dat je een onderscheid moet maken, maar dan zou je ook die externe doorstarter in arbeidsrechtelijke zin moeten faciliteren en een minder strenge maatstaf opleggen. En dan kan hij met kans van slagen meebieden.
- De Hoge Raad heeft in zijn arrest inzake Ontvanger/Wesselman impliciet gezegd zich met het onderscheid bezig te willen houden. De doorstarter met de vroegere directeur als leidende kracht had voor 1,5 ton een zaak gekocht en doorverkocht voor 9 ton. Toen was dus de vraag of die directeur niet de verplichting had om tegen de curator te zeggen dat hij een betere prijs kon maken. Uit dat arrest van de Hoge Raad leid ik af dat dit een rol speelde. En dat was volkomen terecht, want dat is gewoon marktvervuiling.
- Ook zie je een tendens dat als er een doorstart met een gelieerde partij plaats vindt, eerst een marktverkenning moet plaats vinden. Dat probeert te waarborgen dat het niet een te makkelijke transactie wordt.
- Ik denk dat we een onderscheid moeten maken tussen de doorstart die min of meer voor het faillissement al is voorbereid, samen met de directeur, of die nou gelieerd is of niet, en de doorstart met een echte derde die met een at arms length biedingsproces heeft gewonnen. In het laatste geval geldt dat de doorstarter niet precies weet hoe het zit met dat personeel.
- Maar je neemt allereerst de directeur aan, of een hogere leidinggevende. En je zegt; jij moet mij nou helpen met selecteren. Dan gaat die directeur netjes selecteren. Dus dan gaat de kennisoverdracht eigenlijk ook op.
- Ik vind vooral de arbeidsrechtelijke bescherming interessant. Dat is de bescherming van de mensen die niet overgaan, maar er is ook de bescherming van mensen die overgaan, die er belang bij hebben dat de doorstart een succes wordt. Dat is ook bescherming. En doorstarters zijn kasplantjes. Ieder beetje water dat aan het kasplantje wordt onthouden, zal ertoe leiden dat het weer omvalt. Dus maak het niet te zwaar. Want dan komen er geen doorstarts meer. Als ze er zijn, dan hebben ze of minder kans, of ze komen niet meer.
- Ik vind het lastig om een onderscheid te maken waar het de arbeidsovereenkomsten betreft. Qua prijsvorming vind ik het een ander punt. Maar ik denk dat je duidelijkheid moet scheppen en dat er één regime zou moeten zijn voor alle doorstarts.
- Ik zou zeggen, beperk '668a' in faillissement tot gevallen van misbruik. Zorg dat inderdaad die doorstarters worden gefaciliteerd en dat je mensen voor bepaalde tijd in dienst kan nemen. De materie van de proeftijd is weer een ander verhaal.
- Als je dit bereikt voor faillissement en niet voor surseance, dan heb je weer zo'n onderscheid en reden om wel te kiezen voor faillissement. Ik weet niet of dat gaat werken.
- Als een onderneming 100 man heeft en de doorstarter zou er eigenlijk 70 moeten hebben, dan vind je nooit een doorstarter die 100 man zal nemen. Daarom is bij ons het technisch faillissement ontwikkeld. Ik vind het meest in het oog springende die hele selectie. Het heeft iets arbitrairs, zoals dat nu vaak gaat. En dat geeft vaak zoveel scheve ogen. Daar zou je iets aan moeten doen.
- De regels over overgang van onderneming in faillissement van toepassing verklaren, zoals dat in Duitsland speelt, kan uiteraard, maar dat vind ik wel erg ongelukkig omdat dat heel veel doorstarts zal blokkeren. Bij een doorstart zou er helderheid moeten komen over de

criteria die de doorstarter toepast om werknemers een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Dat is nu niet geregeld en ik vind eigenlijk dat je dat als curator of als beoogd curator zult moeten eisen. Daar bedoel ik mee: laat maar eens zien welke criteria jij toepast doorstarter. En als die dan zegt: 'ik neem de jongste en de beste', dan zeg ik: daar werk ik niet aan mee.

- Dat verplicht je om meer personeelslasten te maken en dat komt bij de kosten van crediteuren.

- Het is een kwestie van afwegingen.

- Ik denk dat een curator niet alleen, wel in de eerste plaats, de belangen van de crediteuren heeft te dienen. Maar ik denk dat we er toch langzamerhand zo over denken dat ook andere belangen en met name de belangen van de werknemers mee wegen.

- Mag ik een vraag stellen om te kijken of we de discussie nog iets kunnen verbreden. Het is ten aanzien van overgang van onderneming in ons land nu alles of niks. Volgens mij zijn in Duitsland keurig netjes de bestaande selectiecriteria zoals die gelden buiten faillissement ook in faillissement van toepassing. Maar men heeft geen verplichting ontslagvergoedingen te betalen. En er is ook geen verplichte UWV-procedure. De zekerheid over dat geheel moet je in het nadenken over hoe het elders is geregeld meenemen. Maar zou je misschien tussen de selectiecriteria zoals we die nu hier in Nederland kennen in faillissement ('de jongste en de beste') en die buiten faillissement (afspiegelen) kunnen vinden? Zit er tussen alles of niks ruimte?

- Misschien wel een aantal uitgangspunten. Dat er in ieder geval uiteraard een relatie moet zijn tussen het werk dat nog gedaan moet worden en het soort werknemers die in het oude bedrijf hebben gewerkt. En dat het dus niet zo kan zijn dat iemand die uitermate geschikt zou zijn om het werk te doen maar afgelopen jaar een paar weken thuis is geweest met griep, daarom niet in aanmerking komt om door te gaan in dat nieuwe bedrijf. Want daar begint het vaak mee. Dat is een vorm van willekeur. Als je te maken hebt met iemand die langdurig arbeidsongeschikt is, dat is een extreem ander voorbeeld. Die zou niet heel geschikt zijn om de overgang mee te maken in het bedrijf. Daar kun je van een doorstarter niet verlangen dat die deze persoon meeneemt. Daar moet je iets in de sfeer van een vangnet voor verzinnen. Maar zomaar beginnen met het schrappen van een hele groep werknemers, en dan pas gaan kijken of wat er over blijft, nog een relatie met het werk heeft? Dat vind ik onaanvaardbaar.

- Wat ik regelmatig meemaak is dat, of het nou een gelieerde partij is of een derde, de voorgenomen doorstarter toch naar die directeur of naar de leidinggevende toegaat. En dan heb je een hele kritische boekhouder, die wordt gewoon eruit gezet. De kliek rond de directeur speelt heel erg een rol. Ik heb regelmatig werknemers die achteraf naar mij toekomen van: het is een schande dat dit gebeurt. Dit zijn precies de mensen die het bedrijf naar de filistijnen geholpen hebben met die directeur samen. Dat stukje willekeur van persoonlijke verhoudingen speelt in mijn ervaring regelmatig een rol. Wat men daar als curator aan kan doen? Welk machtsmiddel heb ik? Die heb ik niet.

- Ze moeten in ieder geval de criteria kenbaar maken. En dan is het aan het personeel om te kijken of die criteria goed zijn toegepast.

- Dat is meer een transparantie vraag. Ik denk dat we ook moeten kijken naar procedures. Je kunt afwijkende selectiecriteria in regelgeving neerleggen of toestaan dat men in cao's afwijkende regels afspreekt. Dan moet je nog nadenken over de vele bedrijven waar een vakbond geen enkele rol speelt. Dus dat zou leiden tot de gedachte van regelgeving. Misschien met enige speelruimte voor marktpartijen.

- Je zou het voorbeeld kunnen volgen van Duitsland en België. Dat je eerst werknemers-vertegenwoordigers raadpleegt die normaal ook bij reorganisaties betrokken zijn. Dat kunnen de bonden zijn, maar dat kan ook de ondernemingsraad zijn. Je laat ze in een korte periode meedenken. Kom je er binnen die periode niet uit, dan moet de rechter-commissaris de knoop doorhakken.
- Ik vraag tegenwoordig als curator aan doorstarters altijd, wil je even je business plan laten zien? Dat komen ze graag presenteren. Je kunt zeggen; wat is je plan, en hoe ga je met de mensen om? En hoe ga je die selectie doen? Een integere ondernemer komt graag z'n plan presenteren en gaat netjes uitleggen hoe hij dat gaat doen.
- Maar vind jij dan ook dat curatoren minder dan men gemiddeld doet moeten letten op prijsmaximalisatie?
- Nee, ik ben wel voorstander van prijsmaximalisatie. Werknemers zijn overigens een beetje een bijzondere groep in het verdelingsvraagstuk, omdat de wetgeving garantieregelingen heeft ingevoerd. Natuurlijk is het wat anders dan de toekomst van een baan, maar anders dan de schuldeisers, die maar moeten zien of ze iets krijgen, weten werknemers dat men achterstallig geld ontvangt en een WW-uitkering. Dat is minder dan het loon zelf, maar toch hebben ze een iets andere positie.
- Mijn ervaring is dat de meeste biedingen en het bidbook tot uitgangspunt nemen dat je moet aangeven hoeveel werknemers je mee overneemt. Maar wat meestal niet gebeurt is dat de bieder verplicht is aan te geven welke selectiecriteria hij zal hanteren. Meestal speelt dat niet zo'n rol. Bovendien heeft de curator daar betrekkelijk weinig zicht op. Die zit een paar dagen in dat bedrijf. De criteria die gehanteerd worden, kunnen toch betrekkelijk willekeurig zijn. Maar de vraag is, die zouden de bonden terecht kunnen stellen: vinden wij dat je dus dat helemaal faciliteert, ten koste van iemand die net een week ziek is of iets dergelijks? En dan vind ik dat die winstmaximalisatie niet als enige een rol mag spelen.
- De mensen die dus op dat moment niet meegaan, mensen met een vlekje in de ogen van een onderneming, die krijgen het vervolgens ontzettend moeilijk ergens anders een baan te vinden. Want het zijn sowieso de mensen met een vlekje die het eerste afvallen bij een selectieprocedure en die als eerste eruit gaan als er gereorganiseerd moet worden.
- De Faillissementswet en ook de Hoge Raad geven de curator de opdracht tot opbrengstmaximalisatie. Dus waar we nu over spreken is eigenlijk ook heel nieuw. Dat is toch het uitgangspunt, de opbrengst. Wil je dit anders regelen, dan moet je nieuwe wetgeving maken.
- Ik geloof dat de beste oplossing voor de doorstart inderdaad niet perse gebonden is aan de prijsmaximalisatie. Temeer ook omdat de crediteuren al blij mogen zijn als ze iets krijgen.
- Misschien ben ik naïef, maar ik zie de doorstarters echt heel serieus hun personeelsbestand opbouwen. Die willen ervaring hebben. En die willen jongeren en ouderen hebben.
- Maar ze kijken wel naar de risico's. En iemand waar een risico aan zit, zal je minder snel aannemen.
- Als een gelieerde doorstarter een hoop geld gaat betalen, dan gaat hij een afspraak maken met het hoofd HR. Kijk nou eens even naar die lijst, kijk eens hoe de ziektegeschiedenis is geweest van die mensen. Het is toch logisch dat als je gaat investeren, je een zo gezond mogelijk bestand wil. Dat is ook menselijk. Ik denk dat je daar wel werknemers tegen kunt beschermen en regels voor kunt maken.

- Ja, maar bij die gelieerde doorstart zit dat risico er veel meer in. Een externe doorstarter, zeker als die ook eigen vermogen in brengt, kan gewoon weglopen en zeggen van, ik doe het niet.
- Dan zou dat in alle andere landen ook zo zijn. Daar bestaat toch wel iets meer bescherming.
- Het onderscheid gelieerd en niet gelieerd is op z'n minst genomen vaag, omdat de niet gelieerde doorstarter probeert om contact te leggen met mensen van binnen het bedrijf. Ik denk dat je de uitwassen bij gelieerde doorstarters kan bestrijden met het instrument van misbruik van faillissementsrecht en dat je verder niet teveel onderscheid moet maken.
- Daar ben ik het niet mee eens, want op het moment dat je het faillissement aanvraagt is er geen misbruik. Want de rechter toetst of er een situatie van opgehouden hebben te betalen is.
- Je hebt concurrentievoordeel. Daarom vinden die doorstarten zo vaak plaats met gelieerde partijen. Omdat het voor een buitenstaander heel moeilijk is om er tussen te komen. Dus ik ben dat niet met je eens. Maar de fundamentele vraag is: je zegt, hij stopt er toch eigen vermogen in, dat is allemaal waar, maar moet hij dan toch niet aan een paar regeltjes gebonden zijn? Of zeg je: wij vinden dat die nieuwe onderneming met dat eigen vermogen zo goed mogelijk moet worden neergezet, en dan worden er misschien maar wat individuele belangen naar achteren gesteld. Het is de vraag of dat de afweging moet zijn. Want ook iemand die er eigen vermogen in stopt, heeft wel het voordeel dat hij een bestaande organisatie kan overnemen die hij niet helemaal zelf hoeft op te bouwen.
- En waar hij vaak een appel en een ei voor betaalt.
- In ieder geval goed om je te realiseren dat je een soort tussenvariant moet hebben die het aantrekkelijk genoeg laat zijn de transactie te doen en die minder ruimte aan de doorstarter geeft dan het harde faillissement dat we nu hebben. Maar ik zou niet weten welke criteria je zou moeten hebben. Gematigde afspiegeling?
- Rechtsvergelijking? Als je hoe wij opereren in of rondom een faillissement in een bedrijf in grote moeilijkheden gaat vergelijken met hoe men dat in andere landen doet, moet je ook vergelijken hoe het er buiten faillissement aan toe gaat. Het maakt enorm uit hoe het gewone ontslagrecht in Duitsland geregeld is. En dat ziet er toch wel zo anders uit dan in Nederland dat het een rol heeft gespeeld, een begrijpelijke rol, om daar in faillissement op een andere manier te opereren.
- Voor België en Frankrijk geldt dat misschien wat minder.
- Maar nergens kennen ze verder buiten faillissement de preventieve toets.
- Dat doet op zich niks af aan het feit dat een volstrekt willekeurige selectie, en dan ook nog een selectie waarbij vaak de relatie met het werk dat nog verricht moet worden ontbreekt, toch wel vreemd is.
- Hoeveel doorstarts slagen gemiddeld genomen uiteindelijk?
- Daar is wel eens wat onderzoek naar gedaan. Maar wees voorzichtig met het stellen van additionele voorwaarden. Het zijn kasplantjes, wees blij dat er partijen zijn die het willen kopen.
- Dus die voorfase is in die zin heel belangrijk. Een toetsing van een business plan zou heel reëel zijn. Ik kan me voorstellen dat iemand met een veel slechter plan misschien wel meer zou bieden. Want als je meer biedt, moet je ook meer terugverdienen. Dat is ook vaak een reden dat doorstarts niet lukken. Er zitten veel tegenstrijdige belangen in. Als je teveel condities gaat stellen aan een kopende partij, hoe goedbedoeld ook, dan zal een partij eerder afhaken.

5.5 Thema 4: Medezeggenschap

Toelichting van de zijde van het onderzoeksteam:
We hebben in de eerste bevindingen een onderscheid gemaakt ten aanzien van de ondernemingsraad en ten aanzien van de bonden. Bij de ondernemingsraad is onze eerste indruk dat in de informele trajecten de ondernemingsraad wel steeds wordt betrokken. Zodra een faillissement nadert, en met name in de pre-packfase, boet de ondernemingsraad aan invloed in. De ondernemingsraad wordt hoogstens op de hoogte gehouden van de ontwikkelingen. Adviesrecht is niet echt aan de orde. Geheimhouding is daarbij een issue, maar niet een onoverkomelijk issue, wordt aangegeven. Er bestaat veel onduidelijkheid over de rol van de ondernemingsraad in faillissement. Is die er nog? Soms wordt de ondernemingsraad zonder adviestraject op de hoogte gehouden van ontwikkelingen, meer ter kennisgeving van wat speelt. Veel geïnterviewden hebben aangegeven er bij een naderend faillissement moeite mee te hebben vakbonden vroegtijdig te betrekken. Die terughoudendheid is met name ingegeven door vrees voor lekken. Men is bang voor het niet geheim kunnen houden. Soms spreekt men over de beperkte dekkingsgraad van vakbonden en de vraag wat dit betekent voor de noodzaak om te moeten raadplegen.

Observaties uit de expertgroep:
- Ondernemers hebben soms de behoefte om informeel en vertrouwelijk met de bonden te overleggen. Ik hoor inderdaad wel eens dat er een zeker wantrouwen bestaat bij ondernemers ten aanzien van die vertrouwelijkheid. Vertrouwen is natuurlijk, in dit soort dingen, buitengewoon belangrijk. Ik zeg het niet als een verwijt. Maar ik signaleer het.
- Het is een bekend verschijnsel dat ondernemingen zich niet houden aan de verplichting om werknemers te consulteren en te informeren. Wat mij verbaast is dat in de ons omringende landen het normaal is om de vakbonden en de ondernemingsraad in vertrouwen te nemen. We hebben hier fusiegedragsregels die voorschrijven dat vakbonden onder geheimhouding worden geïnformeerd als er een fusie op handen is. Dus ik zou echt niet weten waarom je de vakbonden en ook de ondernemingsraad niet zou kunnen vertrouwen. Ik herken dus wel dat er geen overleg plaats vindt. Het komt ook regelmatig voor dat het faillissement wordt uitgesproken en dat dan pas de werknemers inclusief de ondernemingsraad begrijpen dat er blijkbaar financieel iets niet goed zat.
- Ik heb een opmerking over de situatie tijdens faillissement. In principe geldt tijdens het faillissement het adviesrecht van artikel 25 WOR. Maar dan krijg je het punt dat de ondernemingsraad eventueel de gang naar de Ondernemingskamer kan maken. Dit betekent dat de mogelijkheid bestaat dat de Ondernemingskamer iets beslist wat de toestand van de boedel raakt, wat geld kost. En dan kom je op het exclusieve terrein van de curator met toestemming van de rechter-commissaris. Ik meen dat in faillissement de ondernemingsraad niet de gang naar de OK moet hebben, maar beroep bij de rechter-commissaris moet kunnen instellen om te zorgen dat er niet twee rechtsgangen zijn die elkaar kunnen gaan bijten.
- Ik ben het ermee eens dat je in insolventie niet dezelfde regels en gangen naar rechters en termijnen kunt hanteren als buiten faillissement. Dat moet je aanpassen. In de ons omringende landen is insolventiewetgeving op dat punt aangepast. Informatie en consultatie van werknemers zelf is logisch.
- Curatoren zullen in een onderneming met een beetje omvang en een beetje vertegenwoordiging altijd de bonden contacten. Dit probleem gaat vooral over de situatie

vóór faillissement. Wat ik hoor is dat marktpartijen het soms heel lastig vinden om bonden in vertrouwen te informeren, omdat ze denken dat het uitlekt. Is dat ook jullie ervaring dat je inderdaad in dat voortraject regelmatig veel te laat of niet geconsulteerd wordt?
- Ja. Op vrijdag hoor je dat het bedrijf failliet gaat en dat op maandag de herstart is, zonder dat je eerder geïnformeerd bent.
- Zou je niet in de wet kunnen opnemen dat de rechter voorafgaand aan het uitspreken van het faillissement de bonden en de ondernemingsraad hoort, tenzij er een brief ligt dat er van te voren geconsulteerd is en dat de bonden en de ondernemingsraad afzien van gehoord worden?
- Als je betrokken bent bij een pre-pack dan kan ik me voorstellen dat je zegt: liever niet hoeven horen, want dat kost tijd en dat kost misschien waarde die we willen behouden. Maar als dat niet gebeurd is, dan moet de rechtbank pas het faillissement uitspreken als de vakbonden en de ondernemingsraad de kans hebben gehad om te worden gehoord. Dat zou je ook kunnen doen als een derde het faillissement aanvraagt. Het is een prikkel om de vakbonden en de ondernemingsraad serieus te nemen.
- In het wetsvoorstel over de pre-pack staat nu als optie dat de rechter-commissaris de curator opdraagt de ondernemingsraad te horen. Maar als daar vanaf gezien wordt, dan bestaat nog steeds de kans dat op het moment dat het faillissement wordt uitgesproken het voor de ondernemingsraad volstrekt als een verassing uit de lucht komt vallen. Er zou een check moeten zijn, ook als de curator zelf verplicht is om de ondernemingsraad te consulteren. In ieder geval zal de curator zeker moeten weten dat de ondernemersraad, als dat het geval is geweest, in het voortraject geïnformeerd is. Ik vind het wetsvoorstel niet ver genoeg gaan, er is nog steeds geen waarborg dat op de dag dat het faillissement wordt uitgesproken de ondernemingsraad daarvan op de hoogte is.
- Bij een faillissementsaanvraag door een derde heb je in beginsel geen pre-pack, maar ik wil voorkomen dat je geen eigen aangifte doet maar die aanvraag van een derde regisseert om bepaalde problemen te voorkomen. Mijn suggestie is daarom dat je standaard als rechtbank de vakbonden en ondernemingsraad de kans moet geven om te worden gehoord op het faillissementsverzoek, voordat het bedrijf failliet wordt verklaard, tenzij de vakbonden en de ondernemingsraad daar vanaf zien. Als er 25 WOR-besluiten spelen, kan je ze daar een rol in laten spelen. Je faciliteert ook de mogelijkheid om vanwege misbruik verzet aan te tekenen tegen het faillissement en verzet is het meest zuivere middel tegen misbruik, dat geeft een toetsing op alle mogelijke onrechtmatigheid. De keerzijde is dat je als vakbond en ondernemingsraad binnen de kortste keren daar moet staan.
- Maar de aanvraag is besloten. Het is een probleem als je bij het aanvragen van het faillissement van BV A voor het uitnodigen voor die besloten zitting bij de rechtbank moet bedenken welke vakbonden bij de onderneming zijn betrokken en wie de secretaris van de ondernemingsraad is. Je zal bovendien de beslotenheid van de zitting totaal verbreken.
- Dus hoe krijg je dat voor elkaar bij een eigen aangifte in beslotenheid. Zou je het verzoek dan een week kunnen aanhouden voor het horen van een vakbond of ondernemingsraad?
- Je zou, en ik vind dat sowieso in de praktijk al terug, kunnen bepalen dat een rechtbank voor eigen aangiftes een uitgebreide vragenlijst hanteert, zodat je de informatie hebt die nodig is om te bepalen wat voor soort curator je moet benoemen en welke andere maatregelen op je afkomen. Een rechtbank kan hier zelf een rol in vervullen door informatie op te vragen om vervolgens te kijken wat je met die informatie doet.

- Je kunt in het vonnis tot faillietverklaring, de verplichting opnemen om de ondernemingsraad en eventueel de vakbond te informeren over het faillissement en wijzen op de verzetmogelijkheid.
- Wat meestal de reden is van het feit dat de bonden niks doen met de WMCO-melding in faillissement , is dat er toch niks meer te halen valt uit de boedel.
- Een andere vraag. Ik ben geschrokken over de uitlating dat men vóór faillissement de bonden niet vertrouwt. Dat is eigenlijk schokkend. Hoe komt dat?
- Ik weet niet hoe dat komt. In Nederland is er blijkbaar bij de wetgever en in het bedrijfsleven een enorme angst dat de vakbonden erover naar buiten gaan. Terwijl bij fusies regelmatig bonden op basis van de fusie gedragsregels geïnformeerd worden over de voorgenomen fusie, hetgeen er echt niet toe leidt dat iedere fusie publiek wordt gemaakt. Of dat ondernemingsraden iedere keer als er geheimhouding wordt opgelegd meteen alles naar buiten brengen. Dus waar dat wantrouwen op gebaseerd is, weet ik niet.
- Misschien zouden de vakbonden een brief moeten schrijven aan alle stille bewindvoerders: denk eraan, we stellen het op prijs dat jullie contact met de vakbonden opnemen.
- Ik denk dat de curatoren het zich moeten aantrekken en niet de vakbonden. Men moet binnen Insolad ook eens nadenken dit punt op de agenda te krijgen.
- Kan je niet ten aanzien van de pre-pack die vertrouwelijkheid gewoon in de wet opnemen?
- We hebben in de wet buiten faillissement staan dat bij de NV bij bepaalde belangrijke voorgenomen besluiten de vennootschap de ondernemingsraad ruimte moet geven een standpunt te bepalen. Je kunt deze gedachte inpassen in het idee van een hoorzitting.
- Ik wil eigenlijk een sanctie zetten op het serieus nemen van de vakbonden en de ondernemingsraad voor de faillietverklaring.
- Als sanctie kun je denken aan de mogelijkheid dat het verzoek alleen maar ontvankelijk is als die en die tijdig geïnformeerd zijn. Dat kun je volgens mij wel inbouwen. Het gehoord worden is belangrijk, met als neveneffect het tijdig en nog beter voorbereiden, omdat andere ogen meekijken en je dus niet als curator alleen een één op één contact met de rechter-commissaris hebt die bovendien al z’n informatie alleen van jou krijgt. Daar voeg je dan andere externen die andere invalshoeken kunnen laten zien aan toe. In dit geval vooral het belang van de werknemers. Dat is zinvol.
- Bijkomend voordeel is dat je de bonden mede verantwoordelijk maakt voor de doorstart. Als je nu een situatie hebt waarbij duizend werknemers betrokken zijn en er zijn 800 van de werknemers betrokken in de doorstart, dan hoor je de bonden daar niet over. De kritiek concentreert zich dan op die 200 die niet mee gaan in de doorstart. In de suggestie die we nu bespreken, maak je de bonden mede verantwoordelijk voor de keuze van die 800.
- Maar wat doe je als er bij de onderneming geen bonden betrokken zijn? Het nadeel van dit systeem is, dat het in elk faillissement zou moeten.
- Dat is precies wat ik ook wil opwerpen. Bij een eigen aangifte voor faillissement zonder pre-pack weet je eigenlijk helemaal niet hoeveel van de werknemers betrokken kunnen zijn bij een doorstart en je weet ook niet of er een doorstart gaat plaatsvinden. Je weet niks. Er is geen curator, er is niemand. Dan is het lastig dat je als voorwaarde voor ontvankelijkheid om failliet verklaard te kunnen worden, moet laten zien dat je de ondernemingsraad hebt geconsulteerd. Over wat? Ik ga mijn faillissement aanvragen? Want het merendeel van de faillissementen eindigt echt met een opheffing, niet met een doorstart.
- Je toetst of sprake is van de situatie dat de onderneming heeft opgehouden te betalen. Dat heeft op zich niets te maken met het informeren van werknemersorganisaties. Bij een

doorstart zijn werknemers betrokken. Bovendien denk ik ook dat het tot een overbelasting van het apparaat leidt.
-We hebben helemaal geen wettelijke regeling nodig. De pre-pack hebben we ook met elkaar bedacht. Je kunt het beste gewoon een informele zitting organiseren.
- Als je betrokken partijen wilt oproepen, dan weet ik er nog meer. Heb je de bank opgeroepen, heb je de belangrijkste crediteuren opgeroepen? Als je de bonden uitnodigt, dan moet je ook andere partijen uitnodigen.
- Ik zit te denken aan die zitting. Het verzoek is ingediend. Er is een zitting voordat de rechtbank over de aanvraag van faillissement beslist, of hoe je de hoorzitting anders vormgeeft. Tijdens deze zitting heeft de ondernemingsraad de ruimte een standpunt te bepalen. De bonden liggen wat lastiger, omdat je daar eenvoudig de betrokkenheid moet kunnen vaststellen. Over hun positie zou je moeten nadenken. Als je weet dat op het moment dat het verzoek speelt en die zitting er is de ondernemingsraad een standpunt kan bepalen, dan betekent dit mogelijk dat je de ondernemingsraad eerder bij de kwestie betrekt.
- Het is een gedachte het aanvragen van eigen faillissement adviesplichtig te maken.
- Ik vind dat niet juist. De faillissementswet bepaalt dat de rechter beslist, die spreekt het faillissement uit als de vennootschap verkeert in de toestand te hebben opgehouden met betalen. Dat is het enige wat de rechter toetst. Dan zou je het hele wettelijk systeem op z'n kop zetten om dit element erbij te betrekken.
- De jurisprudentie over misbruik geeft aan dat de vraag of er misbruik is geweest voorafgaat aan de vraag of er sprake is van opgehouden te zijn te betalen. Ook al is de vennootschap zo failliet als een deur, een faillissement kan toch worden vernietigd.
- Ik zou er niet tegen zijn dat de ondernemingsraad adviesrecht heeft. Natuurlijk met het opleggen van geheimhouding. Maar voor een beroep bij de Ondernemingskamer is geen tijd.
- Ik kan me voorstellen dat zo'n hoorplicht nuttig kan zijn, zodat je kan anticiperen op verzet tegen de faillietverklaring. De doorstart is een ander onderwerp dan de faillietverklaring en geen gedefinieerd begrip. Als je nou een transactie doet waar één werknemer mee gaat of misschien geen werknemer?
- Je kunt voor wat betreft de hoorplicht een minimaal aantal werknemers aanhouden. Daar kom je denk ik wel uit.
- Je hebt het biedingsproces. Op een gegeven moment komt daar iets uit, een prijs en een aantal werknemers. Dat leg je ter goedkeuring voor aan de rechter-commissaris. Dat gaat nu in volledige beslotenheid. De werknemers hebben daar veel belang bij en hebben daar geen bal over te zeggen, weten het niet eens. Ik ben niet voor een soort openbare veiling.
- De ondernemingsraad heeft sowieso in faillissement met betrekking tot een besluit tot doorstart adviesrecht. De zeggenschap wordt aan anderen gegeven. Alleen ja, het wordt niet gerespecteerd. Maar de ondernemingsraad heeft een adviesrecht.
- Ja en dat moet samenkomen in een hoorzitting waar de belanghebbenden, waaronder de ondernemingsraad, gehoord worden.
- Ik denk niet dat het haalbaar is om voor ieder faillissement een hoorzitting te houden. De faillissementsaanvraag en de doorstart zijn appels en peren. Er heeft iemand opgehouden met betalen. Die doorstart gaat over het belang van werkgelegenheid, gaat over belangen van de bank, gaat over belangen van weet ik wie. Die mogen daar hun zegje doen inderdaad. Soms zit je in een hele lastige markt, met een directeur die toch weer gelieerd is en je bent heel erg van die persoon afhankelijk. Dus het betreft een hele snelle dynamiek. Als er zo'n hoorzitting is, dan heeft dat een uitstralende werking. Daar ben ik van overtuigd.

- Zelfs als de ondernemingsraad fanatiek tegen is, zal de rechter uiteindelijk alle belangen moeten afwegen, ook bijvoorbeeld die van de banken.
- De rechter-commissaris kan zo wel beter beoordelen of hij toestemming gaat geven of niet.
- Ik heb nog weer de bestuurder voor ogen die het faillissement al een paar maanden ziet aankomen en een doorstart wil organiseren. Dan is niet het eerste wat op tafel komt: we moeten de bonden inschakelen. Je moet praten met de banken, want die hebben zekerheden. De ondernemingsraad en de bonden zijn niet direct partijen die je nodig hebt, de bank heb je wel nodig. Daar wil ik naartoe: moet je die noodzaak dan niet creëren? Dat kan door een sanctie in te voeren. Aan de ene kant moeten we de bestuurder niet teveel dingen op z'n schouders laden. Aan de andere kant weten wij dat sancties helpen. Maar ik weet ook niet precies hoe.
- Nog een vraag. Een bestuurder die het aan ziet komen, die al wat gesprekken heeft her en der. Laten we zeggen dat hij op goede voet is met de aandeelhouders. En die drie maanden lang niemand informeert. De ochtend van het faillissement wordt iedereen geïnformeerd. Daar staat nu geen sanctie op. Dat kan je toch niet maken. Hij kan ook nog zelf de doorstarter zijn. Toch raar. Het wordt nergens bestraft. Dat is denk ik een makke van het systeem.
- Nou moet ik wel uit praktijkervaring zeggen dat ik niet vaak meegemaakt heb dat werknemers niet wisten dat het einde was gekomen. Vaak hebben ze geen salaris gehad. Ik heb eigenlijk geen faillissement gehad waarbij werknemers zeiden: failliet? dat is toch niet mogelijk? Maar de pre-pack is inderdaad een ander verhaal.

5.6 Conclusie

Tijdens de expertmeeting stonden vier thema's centraal.

Het eerste thema (paragraaf 5.2) over de oorzaken van faillissement en het misbruikrisico
De experts bevestigden de (op dat moment voorlopige) bevindingen van het onderzoek dat de factor arbeid vrijwel altijd een rol of zelfs een belangrijke rol speelt, maar zelden een doorslaggevende rol heeft bij het oplossen van de financiële moeilijkheden. Als het tot een faillissement is gekomen, dan maakt de doorstarter wel gebruik van het wegvallen van de buiten faillissement geldende regels tot bescherming van werknemers. Dat betekent de opzegging van de arbeidsovereenkomsten en een vrij selecteren van het in een doorstart over te nemen personeel onder condities die lang niet altijd corresponderen met hetgeen er voorheen aan arbeidsvoorwaarden was afgesproken.

Het tweede thema (paragraaf 5.3) over de tijd, kosten en onzekerheid van het ontslagtraject bij de informele reorganisatie
De discussie ging vooral over aspecten die in de sfeer van het formele traject liggen. Dit strookte met het ook in de interviews genoemde punt dat de Wwz met de regeling van de transitievergoeding (wel verschuldigd buiten surseance en faillissement en niet langer verschuldigd in surseance en faillissement) het verschil tussen de informele reorganisatie en de formele reorganisatie scherper heeft gesteld en met het hier bedoelde onderscheid ondernemingen in de richting van een formeel traject duwt.

De experts spraken over de gedachte de werknemers als aparte klasse mee te nemen in de regeling van het dwangakkoord als voorzien in WCO II. Wij proefden draagvlak voor deze

suggestie, mits een en ander met voldoende waarborgen zou worden omkleed. Bij deze waarborgen werd gedacht aan een toetsing door de rechter op economische noodzaak, een plicht de vakbonden en de ondernemingsraad tevoren te horen en slechts gelding voor het collectief van de werknemers van de onderneming bij aanvaarding van het voorstel door een gekwalificeerde meerderheid van het personeel zelf.

Voorts werd de suggestie gedaan het UWV als toetsende instantie bij ontslagen om bedrijfseconomische redenen in surseance te vervangen door de rechter-commissaris, mits ook hier sprake zou zijn van een met voldoende waarborgen omklede procedure. Daarbij zou een medezeggenschapsbevoegdheid voor de vakbonden en ondernemingsraad kunnen zijn weggelegd.

De experts overwogen de mogelijkheid van een gestructureerde aanpak van stakeholder management met betrokkenheid van financiers, vakbonden en de fiscus met een in regelgeving gevatte standstill voor een korte periode om te bezien welke oplossingen mogelijk zouden zijn. Het vergde teveel van de beschikbare tijd om verder dan een eerste aanzet te komen.

Het derde thema (paragraaf 5.4) over de arbeidsrechtelijke bescherming in faillissement
Wij noteerden de opmerking dat het door de regeling in de Wwz van het opvolgend werkgeverschap ongunstiger voor een niet gelieerde doorstarter is geworden om een doorstart te overwegen. De regeling van het opvolgend werkgeverschap in de Wwz bevoordeelt de gelieerde partij als doorstarter.

De experts namen in de praktijk de tendens waar dat als er een doorstart met een gelieerde partij plaats vindt, eerst een marktverkenning plaats vindt.

Er vond een kort debat plaats over het onderscheid tussen (een doorstart door) een gelieerde partij en een niet gelieerde partij. Dit mondde uit in de gedachte dat de wetgever hier geen onderscheid moet maken.

Tijdens de discussie over richtlijnen voor de selectie van werknemers bij een doorstart uit faillissement werd een aantal uitgangspunten genoemd. Er moet een relatie zijn tussen het werk dat na de doorstart gedaan moet worden en het soort werknemers die in het oude bedrijf hebben gewerkt. Het mag niet zo zijn dat iemand die geschikt zou zijn om het werk te doen maar kort tevoren kortlopend ziek is geweest, daarom niet in aanmerking komt voor een plaats in het nieuwe bedrijf. Langdurige arbeidsongeschiktheid is een redelijk beletsel. Tevoren zou men de werknemersvertegenwoordigers moeten raadplegen die normaal ook bij reorganisaties betrokken zijn (de vakbonden en/of de ondernemingsraad). Komt men na een korte periode meedenken niet tot een vergelijk over de te hanteren selectiecriteria, dan moet de rechter-commissaris de knoop doorhakken. Een toetsing op basis van een business plan zou reëel zijn.

De experts deelden de ervaring dat de meeste biedingen en het bidbook tot uitgangspunt nemen dat de bieder moet aangeven hoeveel werknemers hij bereid is over te nemen. Meestal is nu de bieder niet verplicht aan te geven welke selectiecriteria hij zal hanteren. Bovendien

heeft de curator daar betrekkelijk weinig zicht op. De criteria die gehanteerd worden, kunnen betrekkelijk willekeurig zijn.

Het vierde thema (paragraaf 5.5) over medezeggenschap

Wij noteerden de gedachte dat in faillissement de ondernemingsraad ten aanzien van het adviesrecht betreffende een voorgenomen doorstart niet de rechtsgang naar de Ondernemingskamer moet hebben, maar beroep bij de rechter-commissaris moet kunnen instellen om te zorgen dat er niet twee rechtsgangen waren die elkaar konden gaan bijten.

De suggestie de verplichting op te nemen dat bij een pre-pack de rechter-commissaris de vakbonden en de ondernemingsraad voorafgaand aan de goedkeuring van een doorstart hoort, kon op draagvlak rekenen. Een expert noemde het neveneffect van het door de (beoogd) curator tijdig en beter voorbereiden van de besluitvorming, omdat andere ogen meekijken en de curator niet alleen een één op één contact met de rechter-commissaris heeft. De rechter-commissaris ontvangt daardoor niet al zijn informatie alleen van de curator. Het zorg dragen voor het kunnen inwinnen van informatie van andere stakeholders met andere invalshoeken, werd zinvol geacht.

6. Conclusies

Een onderzoek naar de consequenties van de arbeidsrechtelijke positie van werknemers voor de (on)mogelijkheden om de problematische financiële situaties van ondernemingen op te lossen en voor het vervolg van de onderneming beweegt zich in een spanningsveld tussen de vele (deel)belangen van de partijen die bij deze onderneming zijn betrokken. Met het onderzoek is gepoogd meer inzicht te verschaffen ten aanzien van de rol die de arbeidsrechtelijke positie van werknemers in de praktijk speelt bij de wijze waarop de stakeholders financieel noodlijdende ondernemingen reorganiseren en de gevolgen die het gekozen traject heeft (gehad) voor de betrokkenen, waaronder meer in het bijzonder de werknemers.

De antwoorden op de acht deelvragen luiden als volgt.

Deelvraag 1: Wat waren de belangrijkste oorzaken van de problematische financiële situatie van de ondernemingen in de onderzochte gevallen? Wat was hierbij de rol van de arbeidsrechtelijke positie van de werknemers?

Uit het onderzoek komt naar voren dat de financiële problemen van de onderzochte ondernemingen zelden zijn toe te rekenen aan één oorzaak. Veelal is sprake van een samenstel van factoren dat heeft geleid tot de problematische financiële situatie van de onderneming. In de onderzochte cases was de arbeidsrechtelijke positie van werknemers slechts in twee gevallen de belangrijkste reden voor de problematische financiële situatie van de onderzochte ondernemingen. In de overige cases is niet gebleken dat de arbeidsrechtelijke positie van werknemers de enige of de doorslaggevende factor was voor de problematische financiële situatie van de betrokken ondernemingen. De belangrijkste oorzaken voor de financiële problemen die uit het onderzoek naar voren kwamen, zijn:

- Een teruglopende omzet als gevolg van vraaguitval in de markt
- Een business model dat niet (meer) aansluit bij de ontwikkelingen in de markt
- Een problematische schuldenlast
- Een verkeerd uitgepakte investeringsbeslissing
- Te hoge huisvestingslasten
- Betalingsproblemen bij relaties
- Een problematische relatie met de financier(s)
- Een inefficiënte organisatie- en productiestructuur
- Een problematische financieringsstructuur
- De kredietverzekeraars voeren beperkingen door in de dekking
- De loonkosten van het personeel

Deelvraag 2: Hoe verhield in de onderzochte gevallen de arbeidsrechtelijke positie van de werknemers zich tot de (on)mogelijkheden om de problematische financiële situatie van de betreffende ondernemingen op te lossen?

In het onderzoek zijn enkele knelpunten gesignaleerd ten aanzien van de mogelijkheid om – buiten een insolventieprocedure om – het personeelsbestand of de personeelslasten aan te passen aan de gewijzigde omstandigheden. Uit het onderzoek komt naar voren dat in sommige cases de regels omtrent het ontslag van werknemers een belemmerende factor vorm(d)en voor het doorvoeren van een passende en effectieve personele reorganisatie. Daarbij kan worden gewezen op de kosten en de tijd die in sommige gevallen met ontslagprocedures zijn gemoeid. Ook het afspiegelingsbeginsel is genoemd als een obstakel voor het tot stand brengen van een effectieve reorganisatie. Voorts blijkt het problematisch om een – in het licht van de financiële situatie van de onderneming noodzakelijke – versobering van de arbeidsvoorwaarden, zoals het brengen van een (tijdelijk) loonoffer, tot stand te brengen (zie paragraaf 3.3.2.1).

Deelvraag 3: Wat is het vervolg van die situatie geweest voor de onderneming, bijvoorbeeld: faillissement en opheffing, herstructurering door middel van een faillissement, doorstart met pre-pack, doorstart zonder pre-pack, doorstart gezonde bedrijfsonderdelen of andere uitkomsten?

De door ons onderzochte cases 1 tot en met 12 betroffen informele reorganisaties. Acht van de door ons onderzochte informele reorganisaties zijn (naar het moment van de afsluitdatum van het onderzoek van 16 december 2015) succesvol: de betreffende ondernemingen schrijven weer ‘zwarte’ cijfers, verwachten dat binnenkort te gaan doen, of zien in ieder geval weer verbeteringen in het resultaat (zie paragraaf 3.3.2). Dat wil echter niet zeggen dat er geen knelpunten zijn geconstateerd in het doorlopen reorganisatieproces (zie ook vraag 2 en paragraaf 3.3.2.1). In vier gevallen dreigt toch een faillissement of is dat al gevolgd.

De ondernemingen in de cases 13-26 zijn gesaneerd door middel van een insolventie-procedure (waarover paragraaf 3.3.3). Met uitzondering van een case, waar de onderneming vanuit surseance van betaling door middel van een aandelentransactie is overgenomen, heeft sanering plaatsgevonden door middel van een doorstart vanuit faillissement. In zeven van de onderzochte cases vond een doorstart van (delen van) de onderneming plaats na een voorbereidingsperiode onder begeleiding van een beoogd curator en rechter-commissaris (‘pre-pack’). In zes van de onderzochte cases was sprake van een doorstart zonder pre-pack. In drie cases volgde het faillissement op een korte periode van surseance van betaling. Uit het onderzoek komt naar voren dat in de onderzochte cases een aanzienlijk deel van de werkgelegenheid behouden is gebleven na een doorstart uit faillissement, zowel in het geval van een doorstart met pre-pack als zonder pre-pack. In de cases waarbij slechts een gering percentage van de werknemers door de doorstartende partij is overgenomen, was sprake van een veranderd business model dat minder werknemers vereiste of had – volgens betrokkenen – meer werkgelegenheid behouden kunnen blijven indien de doorstart goed en tijdig was voorbereid.

Deelvraag 4: In welke mate gaf de arbeidsrechtelijke positie van werknemers de doorslag tot dit specifieke vervolg? Wat waren de voor- en nadelen hiervan voor de verschillende partijen?

Uit het onderzoek komt naar voren dat de arbeidsrechtelijke positie van werknemers in twee van de onderzochte cases van doorslaggevende betekenis is voor het specifieke vervolg. Het betreft in beide gevallen ondernemingen die (exclusief) actief zijn in het detacheren van personeel dat bij hen in vaste dienst is en waarbij de arbeidsrechtelijke positie ook van doorslaggevende betekenis is geweest bij het ontstaan van de problematische financiële situatie. In de overige cases was de arbeidsrechtelijke positie van werknemers in het geheel niet van invloed op het specifieke vervolg, omdat de problematische financiële situatie werd veroorzaakt door geheel andere factoren dan de loonkosten, of één van de factoren waarvoor een oplossing moest worden gezocht. In het laatste geval spelen bij de beantwoording van de vraag of een informele reorganisatie haalbaar is, verschillende factoren een rol. De financiële problemen van de onderzochte ondernemingen zijn zelden toe te rekenen aan één oorzaak. Veelal is sprake van een samenstel van factoren dat heeft geleid tot de problematische financiële situatie van de onderneming. In veel gevallen dient, naast een operationele reorganisatie en het afstoten van onrendabele en/of niet tot de core-business behorende onderdelen van de onderneming, een reductie van lasten plaats te vinden over de gehele linie, in het bijzonder personeels-, financierings- en huisvestingslasten, om de problematische financiële situatie het hoofd te bieden. Naar huidig recht vereist het bereiken van een dergelijke ‘totaaloplossing’ evenwel de instemming van alle betrokkenen, hetgeen niet steeds eenvoudig of haalbaar blijkt. Voor wat betreft het tot stand brengen van een informele reorganisatie, is ook van belang in hoeverre de in dit onderzoek geconstateerde knelpunten kunnen worden opgelost (zie paragraaf 3.3.2.1). Bovendien moet er financiering kunnen worden gevonden. Als financiers of aandeelhouders niet langer bereid zijn de verliezen op te vangen, is een faillissement onvermijdelijk.

Uit de interviews komt duidelijk naar voren dat een faillissement (al dan niet voorbereid onder begeleiding van een beoogd curator en rechter-commissaris) door betrokkenen veelal als onwenselijk wordt bestempeld. Betrokkenen geven aan een faillissement liever te vermijden en ook bereid te zijn daar veel voor te doen (paragraaf 3.3.3.2). Een voorbereide doorstart van (delen van) de onderneming uit faillissement, wordt door de meeste geïnterviewden niet gezien als een keuze die lichtvaardig wordt gemaakt. Het nut van de stille voorbereidingsfase bij het bereiken van een doorstart en daarmee het behoud van werkgelegenheid werd tijdens de interviews onderstreept (paragraaf 3.3.3.3). In geen van de onderzochte gevallen is gebleken dat het faillissement is aangevraagd met het oog op enkel een sanering van (een deel van) het personeelsbestand. De gedachte dat misbruik van faillissementsrecht weinig voorkomt, strookt met de opvatting van de geraadpleegde experts, de omtrent misbruik van faillissementsrecht gepubliceerde rechtspraak en de resultaten van het in paragraaf 1.5 genoemde onderzoek van het HSI uit 2005.

Ten aanzien van de mate waarin de ondernemingsraad en de bonden in het proces worden betrokken, is in de onderzochte cases een duidelijk onderscheid zichtbaar tussen de informele reorganisaties en de formele reorganisaties.

In de onderzochte informele reorganisaties is, waar een ondernemingsraad was ingesteld en vakbonden een rol speelden, steeds gezocht naar overleg. Het moment en de wijze waarop dat overleg plaatsvond, verschilt evenwel. Ook in de onderzochte gevallen waarin geen sprake was van een ondernemingsraad is het personeel op enig moment bij de reorganisatieplannen betrokken.

In de meeste van de onderzochte gevallen waarin een reorganisatie plaatsvond uit een faillissement zijn, voor zover ingesteld en betrokken, de ondernemingsraad en de vakbonden pas geïnformeerd direct voordat of nadat het verzoek tot faillietverklaring was ingediend of het faillissement was uitgesproken. Van medezeggenschap ten aanzien van de besluitvorming omtrent de faillissementsaanvraag (en de voorbereiding van een doorstart) lijkt in geen van de onderzochte cases sprake te zijn geweest. In de meeste van de onderzochte gevallen gold dit ook voor een tijdens faillissement uitonderhandelde doorstart.

Hieronder geven wij een overzicht van de uit het onderzoek naar voren gekomen voor- en nadelen van informele reorganisaties aan de ene kant en formele reorganisaties aan de andere kant. Wij richten ons hierbij op het werkgevers- en het werknemersperspectief.

	Werkgeversperspectief[33]	**Werknemersperspectief**[34]
Informele reorganisaties		
Voordelen	- behoud van (controle over) de onderneming - behoud van controle over het reorganisatieproces - beperking reputatieschade (naar markt en personeel) - beperking overige desintegratieschade - behoud continuïteit van de dienstverlening binnen dezelfde rechtspersoon - kans om verliezen goed te maken	- behoud aanzienlijk deel werkgelegenheid - objectieve selectiecriteria - verschuldigdheid afvloeiingsvergoedingen - toetsing vooraf van noodzaak tot reorganiseren - feitelijke medezeggenschap - sterke bescherming niveau arbeidsvoorwaarden
Nadelen	- noodzaak tot financiering verliezen - zeer beperkte vrijheid bij selectie personeel - verschuldigdheid afvloeiingsvergoedingen - duur en kosten UWV procedure - oplossing financiële problemen vereist instemming van alle betrokkenen - (tijdelijk) loonoffer of aanpassing in andere arbeidsvoorwaarden in	- afspiegelingsbeginsel houdt geen rekening met functioneren van individuele werknemers (goed functionerende werknemers kunnen hun baan verliezen) - baanbehoud door middel van (tijdelijk) loonoffer of aanpassing in andere arbeidsvoorwaarden in beginsel alleen mogelijk met individuele instemming werknemers - WW risico voor werknemers bij (tijdelijk) loonoffer

[33] Hieronder begrijpen wij zowel de bestaande werkgever (en de aandeelhouders) als de eventuele doorstarter.
[34] Hieronder begrijpen de werknemers, alsmede de ondernemingsraden en de vakbonden.

	beginsel alleen mogelijk met individuele instemming werknemers	

Formele reorganisaties

Voordelen	- vrije selectie over te nemen personeel - mogelijkheid tot aanpassing arbeidsvoorwaarden - geen ontslagbescherming - geen verschuldigdheid afvloeiingsvergoeding in faillissement (en onder WWZ evenmin in surseance)	- behoud aanzienlijk deel werkgelegenheid bij (voorbereide) doorstart
Nadelen	- verlies van controle over de onderneming - verlies van controle over het reorganisatieproces - desintegratieschade - reputatieschade	- in de praktijk zeer beperkte medezeggenschap - geen objectieve selectiecriteria (geen toepassing afspiegelingsbeginsel) - geen ontslagbescherming - geen afvloeiingsvergoeding

Deelvraag 5: In hoeverre leidde de arbeidsrechtelijke positie van werknemers tot gebruik van het faillissementsrecht om schulden te saneren en/of personeel te laten afvloeien?

In geen van de onderzochte gevallen is gebleken dat het faillissement is aangevraagd met het oog op enkel een sanering van (een deel van) het personeelsbestand.

Deelvraag 6: Had een andere arbeidsrechtelijke positie van werknemers kunnen leiden tot een ander vervolg (met name voor een doorstart van de onderneming, de opbrengsten voor schuldeisers en/of voor de werknemers/werkgelegenheid)? Zo nee, waarom niet? Zo ja, welke andere positie en welk vervolg? Wat zouden de voor- en nadelen hiervan voor de verschillende partijen zijn geweest?

Deze vraag is speculatief van aard. In de onderzochte cases zou een andere arbeidsrechtelijke positie van werknemers waarschijnlijk niet tot een ander reorganisatietraject hebben geleid (informele reorganisatie versus formele reorganisatie). In geen van de onderzochte cases was het faillissement aangevraagd met het enkele doel om een personele reorganisatie door te voeren. De financiële problemen die leidden tot het faillissement van de onderzochte ondernemingen werden veroorzaakt door een samenstel van factoren.

Wel kan worden opgemerkt dat een andere arbeidsrechtelijke positie van werknemers invloed zou kunnen hebben op de uitkomsten voor individuele werknemers in concrete gevallen. Tijdens het onderzoek is door een geïnterviewde bijvoorbeeld opgemerkt dat de mogelijkheid van een (tijdelijk) loonoffer had kunnen bijdragen aan het voorkomen van verlies van werkgelegenheid. Ook de selectie van personeel bij een doorstart uit faillissement of in een informele reorganisatie hangt af van de daarvoor geldende criteria.

Uit het onderzoek komt naar voren dat het adresseren van de ten aanzien van informele reorganisaties gesignaleerde knelpunten (duur ontslagprocedure, met het ontslag samenhangende kosten, afspiegelingsbeginsel, mogelijkheden tot (tijdelijk) loonoffer) een bijdrage zou kunnen leveren aan de mogelijkheden om een onderneming buiten een insolventieprocedure te reorganiseren. Het bereiken van een gezond evenwicht tussen de belangen van de onderneming en de daarmee in de toekomst verbonden werkgelegenheid en de belangen van het personeel dat afvloeit, is daarbij uiteraard van groot belang. Door geïnterviewden is in dit verband wel opgemerkt dat er mogelijkheden zouden moeten zijn voor maatwerk bij de selectie van werknemers (zie paragraaf 3.3.2.1).

Door enkele geïnterviewden werd de selectie van het personeel in het kader van een doorstart genoemd als een onderwerp dat aandacht behoeft. Uit de onderzochte cases komt naar voren dat de selectie van het personeel dat na een doorstart uit faillissement een arbeidsovereenkomst krijgt aangeboden en de vaststelling van de daarbij behorende arbeidsvoorwaarden in handen is van de doorstarter. De selectiecriteria die door de overnemende partijen worden toegepast, liggen niet vast en wisselen dan ook van geval tot geval. Ook de wijze waarop de selectie plaatsvindt varieert. Onduidelijkheid over de gehanteerde selectiecriteria heeft in enkele gevallen tot onbegrip en onrust geleid bij het personeel van de gefailleerde onderneming. In enkele gevallen is de aard van de arbeidsovereenkomst (vast of tijdelijk) van het overgenomen personeel aangepast of heeft een wijziging plaatsgevonden in de arbeidsvoorwaarden, terwijl in andere gevallen (nagenoeg) geen wijzigingen zijn opgetreden (zie paragraaf 3.3.3.5).

Deelvraag 7: Had een andere arbeidsrechtelijke positie van werknemers kunnen leiden tot een andere mate van risico op oneigenlijk gebruik van het faillissementsrecht? Zo nee, waarom niet? Zo ja, waarom en welke mate van risico?

In geen van de onderzochte gevallen is gebleken dat het faillissement is aangevraagd met het oog op enkel een sanering van (een deel van) het personeelsbestand. Van misbruik van faillissementsrecht is in de onderzochte cases niet gebleken.

Deelvraag 8: Op welke manier, en in welke mate, zouden veranderingen in de arbeidsrechtelijke positie van werknemers (voor of na faillissement) naar verwachting kunnen bijdragen aan het eenvoudiger kunnen 'redden' of doorstarten van bedrijven, en/of-het verminderen van de nadelen van een faillissement voor de werknemers/werkgelegenheid en de schuldeisers, en/of het risico op oneigenlijk gebruik van het faillissementsrecht?

De selectiecriteria bij de informele reorganisatie en bij de doorstart uit faillissement (paragraaf 4.2.1 en 4.3.3)

In de interviews bleek voor wat betreft de informele reorganisaties van kritiek op het afspiegelingsbeginsel en de beperkte ruimte die de Wwz en de daarop gebaseerde Ontslagregeling kent om rekening te houden met de specifieke noden van de onderneming. De heersende opvatting ging er wel van uit dat een objectieve benadering van de selectie gewaarborgd moet zijn. Rechtstreeks toepasbare alternatieven voor het afspiegelingsbeginsel hebben de interviews niet opgeleverd.

Bij de formele reorganisaties werd van verschillende kanten in de interviews en ook tijdens de expertmeeting benadrukt dat men moet oppassen de doorstarter, en dan vooral de niet gelieerde doorstarter, te belasten met een selectie op basis van het afspiegelingsbeginsel. De geïnterviewde vakbondsbestuurders wilden het afspiegelingsbeginsel van toepassing laten zijn bij een doorstart uit faillissement, maar stonden in deze opvatting alleen. Het onderzoek toont bij formele reorganisaties zowel bij de geïnterviewden als bij de geraadpleegde experts draagvlak voor een geobjectiveerde aanpak van de selectie van in de doorstart mee te nemen werknemers. Een grote meerderheid van de geïnterviewden wees op het belang van zorgvuldigheid in het biedingsproces.

Ook tijdens de expertmeeting bleek dat de bieder meestal niet verplicht is aan te geven welke selectiecriteria hij ten aanzien van het in een doorstart mee te nemen personeel zal hanteren. Bovendien heeft de curator daar betrekkelijk weinig zicht op. De criteria die gehanteerd worden, kunnen betrekkelijk willekeurig zijn. Wel bleek dat nu al vaak uitgangspunt is dat de bieder moet aangeven hoeveel werknemers hij bereid is over te nemen. De experts bespraken richtlijnen voor de selectie van werknemers bij een doorstart uit faillissement. Een aantal uitgangspunten werd genoemd. Er zou een relatie moeten zijn tussen het werk dat na de doorstart gedaan moet worden en de werknemers die in het oude bedrijf hebben gewerkt. Iemand die geschikt zou zijn om het werk te doen maar kort tevoren kortlopend ziek is geweest, behoort in aanmerking te komen voor een plaats in het nieuwe bedrijf. Langdurige arbeidsongeschiktheid zou wel een redelijk beletsel zijn. Er zou ruimte moeten zijn voor raadpleging van de werknemersvertegenwoordigers die normaal ook bij reorganisaties betrokken zijn (de vakbonden en/of de ondernemingsraad). Komt men na een korte periode meedenken niet tot een vergelijk over de te hanteren selectiecriteria, dan moet de rechter-commissaris de knoop doorhakken. Een toetsing op basis van een business plan zou reëel zijn.

Voorts werd in de expertmeeting de suggestie gedaan het UWV als toetsende instantie bij ontslagen om bedrijfseconomische redenen in surseance te vervangen door de rechter-commissaris, mits ook hier sprake zou zijn van een met voldoende waarborgen omklede procedure. Daarbij zou een medezeggenschapsbevoegdheid voor de vakbonden en ondernemingsraad kunnen zijn weggelegd.

De versobering van arbeidsvoorwaarden en WCO II (paragraaf 4.2.2)
In de interviews is door niemand de suggestie gedaan de ondernemingsraad ten aanzien van de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming een formele rol te geven. Wij menen dat dit op impliciete wijze steun biedt aan de omstandigheid dat de wetgever de ondernemingsraad te dien aanzien niet beschouwt als een volwaardige gesprekspartner van de ondernemer, althans niet in de zin dat deze raad het personeel op het vlak van het aanpassen van de arbeidsvoorwaarden zonder specifiek mandaat kan vertegenwoordigen.

Wij proefden in enige interviews en bij de experts een zeker draagvlak voor de gedachte de werknemers als aparte klasse mee te nemen in de regeling van het dwangakkoord als voorzien in WCO II, mits een en ander met voldoende waarborgen zou worden omkleed. Bij deze waarborgen dachten de experts aan een toetsing door de rechter op economische noodzaak, een plicht de vakbonden en de ondernemingsraad tevoren te horen en slechts gelding voor het

collectief van de werknemers van de onderneming bij aanvaarding van het voorstel door een gekwalificeerde meerderheid van het personeel zelf. In de interviews viel weinig draagvlak te bespeuren voor een voorstel tot acceptatie van een structureel loonoffer. Bij een tijdelijk loonoffer zou deze ruimte, zo lijkt het, groter kunnen zijn, waarbij wij bij 'tijdelijk' uitgaan van een overzienbare periode. In ieder geval zouden er voldoende waarborgen in de procedure moeten worden ingebouwd en de bestaande barricade op het punt van het WW-risico zou tot een oplossing moeten worden gebracht.

De raadpleging van vakbonden en het adviesrecht van ondernemingsraden (paragraaf 4.2.3 en 4.3.4)
De interviews leverden geen nieuwe gezichtspunten op ten aanzien van de aard en omvang van de bestaande regelgeving betreffende informele reorganisaties in relatie tot de raadpleging van vakbonden en de adviesbevoegdheden van de ondernemingsraad. De regelgeving omtrent de medezeggenschap bij informele reorganisaties is blijkbaar genoegzaam bekend en levert geen bijzondere pijnpunten op.

Uit de interviews blijkt dat het thema van de geheimhouding van vertrouwelijke informatie omtrent formele reorganisaties door de meeste geïnterviewden als problematisch wordt ervaren. De regels schrijven jegens de vakbonden raadpleging (WMCO, Fusiegedragsregels) en jegens de ondernemingsraden een adviesrecht (WOR) voor, maar deze regels worden bij formele reorganisaties overtreden. Het niet informeren van vooral de vakbonden wordt met name veroorzaakt door de vrees voor het door de vakbonden niet geheimhouden van vertrouwelijke informatie waarvan het naar buiten komen de kans van slagen van de formele reorganisatie zou bedreigen. De geïnterviewden van de zijde van de vakbonden gaven ook zelf aan geheimhouding als een dilemma te ervaren en in een aantal gevallen niet of slechts voor korte tijd in staat te zijn vertrouwelijke informatie voor zich te houden. De aan de zijde van de andere stakeholders geuite vrees voor lekken is aldus jegens de vakbonden gerechtvaardigd.

In een aantal interviews kwam naar voren dat de kennis van bestaande medezeggenschapsrechten (bevoegdheden en verplichtingen) bij ondernemingen, curatoren, ondernemingsraden en vakbondsbestuurders niet altijd op niveau is. Het is uiteraard van belang dat alle betrokken stakeholders kennis van zaken hebben, ook in de situatie dat een ondernemingsraad en/of een vakbond van bepaalde bevoegdheden in een specifiek geval geen gebruik wil maken. Uit de interviews komt aldus naar voren dat het raadzaam is na te gaan hoe het is gesteld met de scholing van alle betrokken stakeholders op het terrein van de dynamiek van bedrijven in moeilijkheden en doorstarts en de bestaande medezeggenschapsbevoegdheden.

Een geïnterviewde gaf aan dat een adviesrecht voor een betrokken ondernemingsraad betreffende een voorgenomen doorstart uit faillissement op zichzelf (en los van het feit dat het gaat om geldend recht) geen probleem is, maar dat een beroepsrecht bij de Ondernemingskamer qua tijdsbestek niet zinvol is. Deze opmerking speelt onafhankelijk van de vraag of het adviesrecht reeds wordt gegeven vóór dat de betrokken onderneming in faillissement geraakt of nadat het faillissement is uitgesproken. In de expertmeeting werd opgemerkt dat in faillissement de ondernemingsraad ten aanzien van het adviesrecht

betreffende een voorgenomen doorstart niet de rechtsgang naar de Ondernemingskamer zou moeten hebben, maar beroep bij de rechter-commissaris moet kunnen instellen om te zorgen dat er niet twee rechtsgangen waren die elkaar konden bijten.

De inrichting van de pre-pack procedure (paragraaf 4.3.1)
Uit de interviews blijkt dat een zorgvuldig vorm gegeven biedingsproces een barricade opwerpt tegen misbruik van een voorbereide doorstart en bijdraagt aan een objectivering van de gang van zaken en voorts een gunstige invloed kan hebben op de mate waarin werknemers (en andere stakeholders) in een bepaald geval de gang van zaken aanvaarden.

Veel geïnterviewden stonden positief tegenover een pre-pack, mits de procedure met voldoende waarborgen is omkleed. Het bedrijf moet in de toestand verkeren te hebben opgehouden te betalen, het proces moet zorgvuldig zijn, de markt moet worden verkend op wie kan overnemen, er moet gesproken worden met de logische partijen, alles moet worden afgewogen en de beoogd curator moet de gelegenheid hebben om te kijken wat hij ervan vindt.
Ook na een qua doorstart niet voorbereid faillissement behoort de curator de logische partijen in staat te stellen om te bieden.

De suggestie de verplichting op te nemen dat bij een pre-pack de rechter-commissaris de vakbonden en de ondernemingsraad voorafgaand aan de goedkeuring van een doorstart hoort, kon bij de experts op draagvlak rekenen. Het zorg dragen voor het kunnen inwinnen van informatie van andere stakeholders met andere invalshoeken, werd door hen zinvol geacht.

Wij noteerden dat het aan te bevelen is dat de curator bij een verkooptransactie nagaat of er aanleiding is in de overnameovereenkomst op te nemen dat als de koper binnen een bepaalde periode voor een betere prijs doorverkoopt, de boedel nog een bepaald percentage van de meerprijs ontvangt. Deze suggestie uit een interview werpt een barricade op tegen de doorstarter die de gekochte activiteiten (toch) niet zelf wil voortzetten, mogelijk een verborgen agenda had en de doorgestarte activiteiten na korte tijd met winst weer doorverkoopt.

De taak van en de eisen aan de deskundigheid van de (beoogd) curator en (beoogd) rechter-commissaris (paragraaf 4.3.2)
De interviews bevatten handreikingen ten aanzien van de eisen aan de kennis en de vaardigheden van de (beoogd) curator en (beoogd) rechter-commissaris. Bij kennis ging het naast relevante juridische kennis om kennis op het gebied van de bedrijfseconomie, financiën en het waarderen van bedrijven. Bij de vaardigheden wees men op durf, communicatieve vaardigheden, toegankelijk zijn. Reguliere (bij)scholing werd genoemd. Uit de suggesties betreffende de inrichting van de procedure rond een (voorbereide) doorstart uit faillissement vloeit voort dat de (beoogd) curator en (beoogd) rechter-commissaris een businessplan en te hanteren selectiecriteria van personeel moeten kunnen beoordelen. Een meer algemene suggestie speelde in op de gedachte dat de specialisatiegraad van de rechter-commissaris op een hoger niveau moet worden gebracht.

De invloed van de Wwz (paragraaf 4.4)
De geïnterviewden waren evenals de experts over het algemeen kritisch over de regeling in de Wwz van het opvolgend werkgeverschap in combinatie met de ketenregeling en de transitievergoeding. Sommigen verwachtten minder doorstarts door niet gelieerde partijen en een paar geïnterviewden dachten aan de mogelijkheid dat dergelijke doorstarters eerder geneigd zullen zijn minder personeel mee te nemen en/of nieuw personeel van elders aan te trekken.

Diverse geïnterviewden wezen op de omstandigheid dat ondernemingen die in financiële moeilijkheden zijn geraakt, in veel gevallen in een (te) laat stadium inzetten op een reorganisatie. Het punt raakt aan de positie van werknemers in de zin dat bij een laat 'aan de bel trekken' vaker sprake zal zijn van een situatie waarin geen financiering meer kan worden gevonden voor het betalen van een transitievergoeding. Bij laat ingrijpen duwt de regeling van de transitievergoeding in de Wwz de onderneming die een personele reorganisatie moet doorvoeren aldus in de richting van een surseance of faillissement. Dan is immers niet langer een transitievergoeding verschuldigd.

Ook in de discussie van de experts trad naar voren dat de Wwz met de regeling van de transitievergoeding (wel verschuldigd buiten surseance en faillissement en niet langer verschuldigd in surseance en faillissement) het verschil tussen de informele reorganisatie en de formele reorganisatie scherper heeft gesteld en met het hier bedoelde onderscheid ondernemingen in de richting van een formeel traject duwt. Wij noteerden voorts de opmerking dat het door de regeling van het opvolgend werkgeverschap in de Wwz ongunstiger voor een niet gelieerde doorstarter is geworden om een doorstart te overwegen.

SUMMARY

Commissioned by the Research and Documentation Centre (WODC) of the Department of Security and Justice, the Business & Law Research Centre of the Faculty of Law at Radboud University in Nijmegen has conducted an empirical study with regard to the research question: *'What are the consequences of the employment-law position of employees for the possibilities or impossibilities to solve the problematic financial situation of undertakings and for the future of the undertaking?'*

The study focuses on defining the state of affairs in practice, with the aim to provide insight into the role that the employment-law position of employees plays with respect to the way in which it is attempted to reorganise undertakings in financial distress and into the impact that the chosen procedure has (had) on the stakeholders involved. The study is therefore exploratory and descriptive in nature. It is not designed to systematically compare the studied cases with each other.

The study primarily consists of research into and analysis of 26 recent cases of restructurings of undertakings in financial distress either before or after bankruptcy.

Various written sources have been used to examine the selected cases. Furthermore, a total of 94 interviews were held with persons involved in the selected cases, in particular liquidators (*curatoren*) and administrators (*bewindvoerders*), advisers of the undertakings concerned, banks, trade unions, works councils, and (former) management.

In order to answer the research question, eight sub-questions have been formulated. The questions are designed to gain insight into the role that the employment-law position of employees plays in the financial difficulties experienced by debtors and the solutions sought to eliminate these difficulties in the cases examined. The first seven questions mainly concern the description and analysis of the actual situation in the cases examined and will be discussed in chapters 2 and 3. The role of the labour factor in the emergence of financial difficulties of the undertaking is addressed in chapter 2. Chapter 3 subsequently examines the role of the labour factor in the way in which the undertaking overcomes its financial difficulties. This chapter describes the findings of the study with regard to the manner in which the undertakings examined have sought a solution for the difficult financial situation encountered by them, which factors have played a role in this respect, and, in particular, the impact of the employment-law position of employees on the reasons underpinning their decisions. Chapter 4 abstracts from the cases examined whilst focusing on the question as to how changes in the employment-law position of employees can be expected to contribute to the ability of undertakings to reorganise.

The scope of the study was not limited to the examination of the 26 cases. At an experts' meeting held in Nijmegen on 25 September 2015, the (initial) findings of the study and any consequences to be drawn from it for the possible preparation of new legislation have been discussed with the experts. Chapter 5 provides a report of the experts' meeting.

The study shows that the financial difficulties of the undertakings examined are hardly ever attributable to a single cause. For the most part, this involves a combination of factors that led to an undertaking's difficult financial situation. In the cases examined the employment-law position of employees was only in two cases the key reason for the difficult financial situation of the undertakings examined. The other cases did not reveal that the employment-law position of employees was the sole or decisive factor for the difficult financial situation of the

undertakings concerned. The principal causes of financial distress that emerge from the study are:

- Decreasing turnover due to a decline in market demand
- A business model that is not (or no longer) in tune with market developments
- Problematic levels of indebtedness
- Investment decisions resulting in unexpected drawbacks
- Excessive housing costs
- Customers with payment problems
- Problematic relationship with financier(s)
- Inefficient organisational and production structure
- Problematic financing structure
- Credit insurers limiting the insurance coverage
- Wage costs for personnel

The study identifies a number of problem areas with regard to the possibility of adapting the workforce or expenditure on staff to altered circumstances outside insolvency proceedings. The study reveals that in some cases the rules on dismissal of employees are (or were) an impeding factor in the implementation of an appropriate and effective employment restructuring. Reference can be made in that regard to the costs and time involved in dismissal procedures in some cases. The reflection principle (a*fspiegelingsbeginsel*) has also been mentioned as an obstacle to achieving an effective reorganisation. A further problematic factor appears to be the scaling down of pay-and-benefit packages, such as a (temporary) cut in pay, as may be necessary to implement in view of the undertaking’s financial situation.

Twelve of the cases examined by us concern reorganisations without insolvency proceedings (‘informal reorganisation’). Eight of these informal reorganisations have been successful (i.e. on 16 December 2015, the closing date of the study): the businesses concerned operate in the black again, expect to do so soon, or see in any case an improvement in the results. However, this does not mean that no problem areas were identified throughout the reorganisation process. In four cases bankruptcy looms or has already occurred.

Fourteen of the undertakings we examined have been restructured by means of an insolvency procedure (‘formal reorganisation’). With one exception the reorganisation was effected by way of a sale of the business out of bankruptcy. In seven of the cases examined such sale of (parts of) the business took place following a preparatory phase under the supervision of an envisaged liquidator and supervisory judge (a ‘pre-pack’). In six of the cases examined the sale took place without a pre-pack. In three cases bankruptcy followed a brief period in suspension of payments proceedings.

The study shows that in the cases examined a substantial part of the jobs have been retained after a sale of the business out of bankruptcy, both with and without a pre-pack. In the cases where only a small percentage of employees had been taken over by the buyer, there was a changed business model that required less employees or – according to the parties involved – more jobs could have been retained if the sale had been prepared properly and in good time.

In the vast majority of cases, the employment-law position of employees had no impact whatsoever on the specific follow-up because the difficult financial situation was caused by entirely different factors than personnel costs or was only one of the factors for which a solution had to be sought. In the latter case various factors play a role in determining the feasibility of an informal reorganisation. The financial problems of the undertakings examined were hardly ever attributable to a single cause. For the most part, this involves a combination of factors that led to the undertaking’s difficult financial situation. In many

cases, in order to cope with the difficult financial situation, a reduction of the costs at all levels, in particular personnel costs, financing costs, and housing costs, must take place alongside an operational reorganisation and disposal of unprofitable segments and/or divisions that are not part of the undertaking's core business. Under the laws currently in force, achieving such a comprehensive solution requires, however, the consent of all parties involved, which proves to be a challenge at times and is not always feasible. In the context of accomplishing an informal reorganisation, it is also relevant to what extent the problem areas identified in this study can be resolved. Furthermore, it is necessary to secure funding. If financiers or shareholders are no longer prepared to absorb losses, bankruptcy will be unavoidable.

The interviews clearly reveal that bankruptcy (whether or not prepared under the supervision of an envisaged liquidator and supervisory judge) is for the most part considered undesirable by the stakeholders involved. The parties concerned indicated that they would rather avoid bankruptcy and that they are ready to make a great deal of effort to accomplish that. The sale of (parts of) the business out of a pre-packaged bankruptcy is considered an option that is not taken lightly by most interviewees. The usefulness of the silent preparatory phase in accomplishing a sale and consequently the retention of jobs was emphasised during the interviews. None of the cases examined revealed that bankruptcy was applied for with the sole aim of restructuring (part of) the workforce. That abuse of bankruptcy proceedings is a rare phenomenon is consistent with the views of the consulted experts (and is furthermore consistent with published case law on abuse of the bankruptcy laws and the findings of HSI's earlier study from 2005).

With regard to the extent in which the Works Council and trade unions are involved in the process, a clear distinction is visible between informal reorganisations and formal reorganisations.

In the informal reorganisations examined where a Works Council has been set up and trade unions play a role, consultation has always been sought. However, the moment and the way in which this consultation has taken place vary. Also in the cases examined where no Works Council exists, employees have been involved in the reorganisation plans at some point in time.

In most of the cases examined where a reorganisation had taken place after bankruptcy, the Works Council and trade unions, in so far as they had been set up and/or involved, were only informed immediately prior to or after a petition for bankruptcy was filed or bankruptcy proceedings had been opened. In all cases examined there appears to have been no employee participation in the insolvency petition (and the preparatory phase of a sale of the business). In most of the cases examined this also applied to a sale of the business negotiated during bankruptcy.

Below, we give an overview of the advantages and disadvantages of informal reorganisations on the one hand and formal reorganisations on the other, which have emerged from the study. In this respect, we focus on the perspectives of employers and employees.

	Employers' perspective[35]	Employees' perspective[36]
Informal reorganisations		
Advantages	- maintaining (control over) the undertaking - maintaining control over the reorganisation process - limiting reputational damage (towards the market and personnel) - limiting other disintegration damage - preserving continuity of services within the same legal entity - opportunity to recoup losses	- preserving a substantial part of the jobs - objective selection criteria - chargeability of redundancy benefits - ex-ante assessment of the necessity to reorganise - actual participation - strong protection of the level of employment conditions
Disadvantages	- necessity to secure funding for losses - very limited margin of discretion in the selection of employees - chargeability of redundancy benefits - duration and costs of UWV dismissal procedures (Employed Persons Insurance Administration Agency) - a solution to the financial difficulties requires the consent of all parties involved - a (temporary) pay cut or adaptation of other employment conditions is permissible solely with the individual consent of all employees	- the reflection principle does not take into account the performance of individual staff (well-functioning employees may lose their jobs) - job retention by means of a (temporary) pay cut or adaptation of other employment conditions is permissible solely with the individual consent of all employees - WW risk (reduced unemployment benefit) to employees in case of a (temporary) pay cut
Formal reorganisations		
Advantages	- free selection of employees to be transferred - possibility of adapting employment conditions	- the sale of the business (following a pre-pack) preserves a substantial part of the jobs

[35] We define this as the existing employer (and shareholders) as well as any restarting party.
[36] This includes employees as well as Works Councils and trade unions.

	- no protection from dismissal - no chargeability of redundancy benefits in bankruptcy (nor in a moratorium under the Dutch Work and Security Act, Wwz)	
Disadvantages	- loss of control over the undertaking - loss of control over the reorganisation process - disintegration damage - reputational damage	- very limited participation in practice - no objective selection criteria (no application of the reflection principle) - no protection from dismissal - no redundancy benefits

In the cases examined a different employment-law position of employees would probably not have led to another reorganisation scheme (informal reorganisation versus formal reorganisation). In none of the cases examined was bankruptcy applied for with the sole aim of implementing an employment restructuring. It should be noted, however, that a different employment-law position of employees might have an impact on the outcomes for individual employees in concrete cases. For instance, during the research it has been observed that the possibility of a (temporary) pay cut could have contributed to the prevention of job loss. The selection of employees in a sale of the business out of bankruptcy or in an informal reorganisation also depends on the relevant criteria.

In the interviews and during the experts' meeting we listened to a wide range of answers to the question – independently of the cases examined – as to how changes in the employment-law position of employees can be expected to contribute to the undertakings' ability to reorganise. We summarise these answers as follows.

The study shows that addressing the problem areas identified with regard to informal reorganisations (duration of the dismissal procedure, costs related to dismissal, the reflection principle, possibilities for a (temporary) pay cut) may enhance the possibility of reorganising the undertaking outside insolvency proceedings. Of course, achieving a healthy balance between the interests of the undertaking and the related impact on future employment and the interests of employees who are laid off is of great importance in this respect. The interviewees noted, however, that in this regard a number of options should be available for a tailor-made approach, for example when applying the reflection principle. According to the prevailing view, it was assumed that it is necessary to ensure an objective approach to the selection. The interviews did not produce any directly applicable alternatives to the reflection principle.

With regard to formal reorganisations, it was emphasised from various quarters in the interviews and also during the experts' meeting that one should take particular care not to burden the buyer of the business, and especially a non-affiliated buyer, with a selection based on the reflection principle. The interviewed trade union leaders wanted the reflection principle to be made applicable in the sale of businesses from bankruptcy, but they were the only ones to hold this view. According to the study, both the interviewees as well as the

consulted experts support an objectified approach to the selection of employees to be transferred in the event of a sale.

The selection of employees who are being offered an employment agreement, including the associated conditions of employment, in a sale of the business from bankruptcy is currently in the hands of the buyer. The selection criteria as applied by the acquiring parties are not immutable and vary from case to case. Also the way in which the selection is made varies. Moreover, the liquidator has relatively little insight into these aspects. The criteria applied can be rather arbitrary. In some cases the lack of clarity about the applied selection criteria caused misunderstandings and concerns among the employees of the company in bankruptcy. The type of employment contract (permanent or temporary) of the acquired personnel has, in some cases, been adapted or adaptation of the employment conditions has taken place whilst in other cases no, or hardly any, changes occurred. The study did, however, reveal that the starting point of liquidators is that the bidder should indicate how many employees it is prepared to take over.

The experts discussed the guidelines for the selection of employees in case of a sale from bankruptcy. A number of guiding principles have been mentioned. There should be a relationship between the work to be performed after a sale and employees who have worked in the old company. An employee who seems suitable to perform the work but who has been ill for a brief period of time shortly before the sale should be eligible for a position in the new company. Long-term incapacity for work could well be a reasonable impediment. There should be room for consultation of the employees' representatives who would normally also have been involved in reorganisations (the trade unions and/or Works Council). It was suggested that if, after a short period of contributing ideas, no agreement is reached on the selection criteria to be applied, it should be up to the supervisory judge to take a decision. Conducting an assessment on the basis of a business plan was mentioned as a realistic possibility.

The experts' meeting further suggested that the UWV as the assessing authority in dismissals for business economic reasons might be replaced by the supervisory judge in case of suspension of payments proceedings, provided that this procedure is also covered by adequate safeguards. In this scenario, the trade unions and Works Council could be allowed to exercise their powers of participation.

We experienced a certain amount of support in some interviews and among experts for the idea of considering employees as a separate class in the compulsory settlement procedure under the Continuity of Enterprises Act II (WCO II), on condition that adequate safeguards will be provided. In terms of relevant safeguards, the experts envisaged a judicial review of the economic necessity, the duty to hear the trade unions and Works Council in advance, and applicability vis-à-vis the workers' collective of the undertaking only after acceptance of the proposal by a qualified majority of the employees themselves. The interviews revealed little support for a proposal to accept a structural pay cut. It seems that there might be a broader base of support for a temporary pay cut. In any case, adequate safeguards ought to be included into the procedure and attention should be paid to the influence of such a temporary pay cut on WW entitlements.

The interviews did not produce any new perspectives with regard to the nature and scope of existing regulations concerning informal reorganisations in relation to consultation of trade unions and the Works Council's advisory powers. The regulations concerning employee participation in informal reorganisations are apparently well known and should not cause any particular issues.

The interviews show that the topic of non-disclosure of confidential information about formal reorganisations is considered problematic by most interviewees. The rules provide for consultation of trade unions (Dutch Collective Redundancy (Notification) Act (WMCO), the Rules relating to Mergers) and the Works Council's right of consultation (Works Council Act, WOR), but these rules are being violated in formal reorganisations. The failure to inform especially trade unions can be attributed primarily to the fear of disclosure of confidential information by the trade unions as such disclosure would threaten the chances of success of a reorganisation. Also the interviewees on the part of the trade unions themselves indicated to experience non-disclosure as a dilemma and that in a number of cases they were not, or only for a short time, able to keep confidential information to themselves.

A number of interviews showed that knowledge with regard to existing rights of participation in decision-making (powers and obligations) among the undertakings, receivers, Works Councils, and trade union leaders is not always up to standard.

A large majority of the interviewees underlined the importance of due care in the bidding process for a sale from bankruptcy. A carefully designed bidding process serves as a barrier to abuse of the pre-pack, contributes to an objectification of the state of affairs, and may have a favourable impact on the extent to which employees (and other stakeholders) accept the state of affairs in any given case.

Many interviewees were in favour of a pre-pack, provided that the procedure is covered by adequate safeguards. The suggestion to include the obligation that, in the case of a pre-pack, the supervisory judge will hear the trade unions and Works Council prior to the approval of a sale could count on the support of the experts. They considered it appropriate to ensure the collection of information from other stakeholders with different perspectives.

The suggestions given with respect to the organisation of the procedure surrounding the (pre-packaged) sale of the business out of bankruptcy entail that the (envisaged) liquidator and (envisaged) supervisory judge should be able to assess a business plan and the criteria to be applied for the selection of employees.

The interviewees as well as the experts were generally critical of the successive employership scheme in combination with the chain rule and transition payment as provided for in the Wwz. Some expected fewer sales to non-affiliated parties and a few interviewees considered the possibility that these buyers might be more inclined to retain fewer employees and/or attract new personnel from elsewhere.

Various interviewees noted the fact that, in many cases, businesses that have encountered financial difficulties direct their efforts at achieving a reorganisation at a late stage (or too late). Failure to raise the alarm in time results more frequently in a situation where it is no longer possible to secure funding for the transition payment. This transition payment ceases to be payable in case of bankruptcy or suspension of payments. The transitional payment scheme of the Wwz thus may push companies that need to implement an employment restructuring towards bankruptcy or suspension of payments.

Bijlage 1 Onderzoeksteam en begeleidingscommissie

Begeleidingscommissie:

Prof. mr. dr. F.M.J. Verstijlen, voorzitter (Rijksuniversiteit Groningen)
Dr. F.W. Beijaard (WODC)
Prof. mr. dr. W.H.A.C.M. Bouwens (Vrije Universiteit Amsterdam)
Mw. drs. R.C. van Daal (Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), opgevolgd door:
Mw. mr. H.M. Kooymans (Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid)
Mr. G. van Dijck (Tilburg University)
Mw. mr. A.M. Wolffram-Van Doorn (Ministerie van Veiligheid en Justitie), opgevolgd door:
Mr. dr. A.A.J. Smelt (Ministerie van Veiligheid en Justitie)

Onderzoeksteam:

Prof. mr. L.G. Verburg (Radboud Universiteit Nijmegen)
Prof. mr. P.M. Veder (Radboud Universiteit Nijmegen)
Mr. A.G.J.J. Jansen (Radboud Universiteit Nijmegen)
Mw. mr. A.M. Mennens (Radboud Universiteit Nijmegen)
Mw. mr. A.W. Niebeek (Radboud Universiteit Nijmegen)
Mr. S.C. Pepels (Radboud Universiteit Nijmegen)
Mr. F.M.R. Van Wersch (Radboud Universiteit Nijmegen)

Bijlage 2 Lijst van deelnemers aan de expertmeeting[37]

De experts:

1. Susanne van Dijk
2. Bruno Tideman
3. Marco Veenstra
4. Lieke Bijpost
5. Rik van Steenbergen
6. Rolf Verhoeven
7. Elsbeth de Vos
8. Flip Schreurs
9. Maarten-Joost Swenker
10. Joost Lubbers
11. Edwin de Boer
12. Willem Jan van Andel
13. Wouter Jongepier
14. Egbert Loesberg
15. Martijn van de Mortel
16. Marinus Pannevis
17. Paul Schaink

Als toehoorder:

18. Hella Kooymans
19. Albert Smelt

De leden van het onderzoeksteam:

20. Michael Veder
21. Leonard Verburg
22. Alexander Jansen
23. Antoinette Niebeek
24. Frank van Wersch
25. Sid Pepels
26. Anne Mennens

[37] Wel uitgenodigd, maar verhinderd: de heer Van Wingerden (NVB) en de curatoren Deterink en Knüppe.

Bijlage 3 Casestudies

CASE 1

Selectiecriteria:

Omvang:	Groot
Sector:	Logistiek
Afwikkelingswijze:	Informele reorganisatie

Aard en omvang van de onderneming

De onderneming is in de vorige eeuw opgericht. De onderneming richt zich met haar activiteiten op het terrein van de logistiek. Het gaat om een groter bedrijf met activiteiten in Nederland en elders in Europa. De omzet komt boven de 100 miljoen uit. Er zijn ongeveer 250 werknemers in dienst in Nederland. Het betreft vooral vaste dienstverbanden, de onderneming kent een flexibele schil van ongeveer 20%. Daarnaast maakt het bedrijf gebruik van aanneming van werk als middel om de activiteiten vorm te geven. Door geheel Europa zijn in totaal ongeveer 1500 werknemers in dienst.
Er is een ondernemingsraad ingesteld.

De oorzaak van de financiële problemen van de onderneming

De onderneming heeft in het verleden een aantal grote projecten aangenomen die niet goed uitpakten. Daarnaast geldt dat de logistieke sector zeer competitief is en binnen Europa te maken heeft met een verschuiving van werk naar lagere lonen landen. Men kampte in Nederland met een afname van volumes. De banken zijn bijgesprongen en hebben aanzienlijke leningen verstrekt. Toen volgde de crisis in 2008-2009, waardoor nog meer volume wegviel.

Besluitvorming omtrent financiële moeilijkheden

De banken hebben hun door de financiering ingegeven invloed aangewend. Op een zeker moment werd een deel van de banklening omgezet in aandelen en verkreeg het bankenconsortium een meerderheidsbelang. Er hebben verschuivingen binnen het management plaatsgevonden. De loonkosten bedragen in deze sector ongeveer 60-70% van de totale kosten. De sterk terugvallende volumes en omzet noodzaakten (mitsdien) tot een aanzienlijke personele reductie. Verder werden de kosten vooral gemaakt in de huur van

bedrijfsmiddelen (in het verleden heeft men een sale and lease back-constructie toegepast). Ook hier heeft het bedrijf ingezet op een reductie van kosten.
Surseance werd gezien als voorportaal voor faillissement en een faillissement werd als niet-wenselijk beschouwd. Die optie zou er weliswaar toe leiden dat de onderneming met minder 'ballast' en in vergelijking met een informele reorganisatie met minder reorganisatiekosten door zou kunnen gaan, maar dan zou er een doorstart of pre-pack plaats moeten kunnen vinden. Dat bleek lastig nu de verschillende onderdelen van het bedrijf niet makkelijk uit elkaar te halen waren. Bovendien was er zorg dat klanten zouden weglopen. Ook bestond 'angst voor het uit handen geven van het stuur'.

Consequenties voor de onderneming en de betrokken stakeholders, in het bijzonder de werknemers

Er hebben sinds de eeuwwisseling twee personele reorganisaties plaatsgevonden. Tijdens de eerste ronde zijn in totaal 250 werknemers in Nederland ontslagen. Hierbij zijn de ondernemingsraad en de vakbonden betrokken. Op het moment dat duidelijk werd dat er gereorganiseerd moest worden, zijn de bonden direct betrokken. De ondernemingsraad werd in de gelegenheid gesteld advies te geven over de reorganisatie. De bonden namen het voortouw in de reorganisatie. De ondernemingsraad heeft positief geadviseerd. De onderhandelingen met de bonden hebben lang geduurd. De vakbonden waren kritisch ten aanzien van de verplaatsing van de arbeid naar elders en wilden overtuigd worden van de levensvatbaarheid en continuïteit van de onderneming. Uiteindelijk kwam er een sociaal plan op basis van de kantonrechtersformule met een factor onder C = 1 en een uitgebreid outplacementtraject. Dit plan had een looptijd van drie jaar en is nadien ook gebruikt voor een tweede reorganisatie. Daarbij is van nog eens van 200 man afscheid genomen. De ondernemingsraad heeft ook hier positief geadviseerd.
Beide reorganisaties liepen via het UWV zonder dat zich opmerkelijke problemen voordeden. Wel had de onderneming moeite met het afspiegelingsbeginsel. Binnen de ruimte die het beginsel toeliet, is gebruik gemaakt van het unieke functie-principe.
Inmiddels is in Nederland nog van diverse werknemers afscheid genomen door middel van vaststellingsovereenkomsten en natuurlijk verloop. Er was voorts sprake van een personeelsstop.
De bestaande arbeidsvoorwaarden zijn gehandhaafd. Wel zijn geen salarisverhogingen doorgevoerd. Gelet op de genoemde marktontwikkelingen liggen bij de onderneming thans de mogelijkheden op het gebied van de werkgelegenheid vooral in het buitenland. De onderneming is in Nederland al met al verspreid over de jaren en beide reorganisaties afgeslankt van ongeveer 1000 naar 250.
De banken zijn inmiddels uit de onderneming gestapt.
Het gaat weer goed met de onderneming. De omzet is toegenomen en voor 2015 verwacht de onderneming een verdere toename van omzet en resultaat.

CASE 2

Selectiecriteria:

Omvang: Middelgroot
Sector: Dienstverlening
Afwikkelingswijze: nog niet doorgevoerd, besluitvormingsfase

Aard en omvang van de onderneming

De onderneming is in de vorige eeuw opgericht door enige marktpartijen in de bouwsector en aanverwante industriële sectoren, opererend in de Randstad, en vloeide voort uit de behoefte aan een vaste pool met bekwame, specialistische vakmensen.
In de pool bevonden zich ruim 180 werknemers in vaste dienst. De werknemers hielden zich bezig met werkzaamheden bij veelal grotere bouwprojecten van de aan de pool deelnemende bedrijven. Zij werden gedetacheerd bij de opdrachtgevers. De arbeidsvoorwaarden van de gedetacheerde werknemers waren over het algemeen beter dan de vaste werknemers van de opdrachtgevers, bijvoorbeeld ten aanzien van toeslagen en vakantiedagen. Hier is indertijd nadrukkelijk voor gekozen om verloop van het personeelsbestand te voorkomen.
De onderneming maakte deel uit van een groter geheel van gelieerde rechtspersonen met nog enige andere activiteiten. In totaal ging het daarbij om ruim 400 werknemers. Er is een ondernemingsraad.
Er is niet eerder een grote reorganisatie geweest. Wel heeft een zeker natuurlijk verloop plaatsgevonden en zijn de laatste jaren geen nieuwe mensen in vaste dienst aangenomen.

De oorzaak van de financiële problemen van de onderneming

De enige activiteit waar de onderneming zich mee bezig hield, was flexibele arbeid. ‘We hebben maar één knop om aan te draaien’, aldus de geïnterviewde HR-manager. Vanaf het moment van oprichting tot drie jaar terug kende de onderneming financiële stabiliteit. De laatste jaren liep men aan tegen de omstandigheid dat het personeel in de arbeidspool relatief veel verdiende, terwijl opdrachtgevers aan ingeleende werknemers niet meer zo veel wilden betalen. Uitzendbureaus hebben zich ontwikkeld tot geduchte concurrenten. Er ontstond een gat tussen wat de opdrachtgevers voor de werknemers wilden betalen en wat de onderneming vervolgens aan de werknemers betaalde. Er ontstonden verliezen.
De klap kwam anderhalf jaar terug. De werknemers uit de arbeidspool werden over het algemeen bij een stuk of acht bedrijven geplaatst. De betreffende bedrijven participeerden zelf in de pool. Bijna al deze bedrijven hebben in de afgelopen jaren zelf reorganisaties doorgemaakt. Binnen korte tijd kreeg de onderneming te horen dat de door haar ter beschikking gestelde werknemers niet langer nodig waren bij de opdrachtgevers.
Dit had tot gevolg dat een groot deel van de werknemers naar huis moest worden gestuurd met ‘wachtgeld’. Een klein gedeelte kon nog wel elders worden geplaatst, maar veelal tegen lage(re) tarieven.

De oorzaak van de financiële problemen is derhalve tweeledig. Enerzijds speelde het verdien-model in toenemende mate een rol, nu concurrenten flexibele arbeidskrachten goedkoper kunnen leveren. Anderzijds spelen de marktomstandigheden en de terugloop in de activiteiten en reorganisaties bij de grootste opdrachtgevers. De laatste oorzaak vormde de aanleiding voor de acute problemen.

Besluitvorming omtrent financiële moeilijkheden

Toen duidelijk werd dat een groot deel van het personeel niet langer te werk gesteld kon worden, zijn er meerdere scenario's overwogen.
Aanvankelijk werd gehoopt dat de situatie zich zou kunnen verbeteren. De optie 'uitzitten en hopen dat het meevalt' werd nog voor mogelijk gehouden. Om het wachtgeld te compenseren, werden er ATV-dagen ingeroosterd. Als de situatie niet te lang zou voortduren, was dit een zekere tijd uit te houden.
Het werd gaandeweg duidelijk dat dit scenario niet haalbaar was. Vervolgens werd gekeken naar de optie reorganisatie. Deze zou dan met toepassing van het afspiegelingsbeginsel via het UWV dienen te verlopen. In het geval van de onderneming bleek bij nadere bestudering dat hantering van dit beginsel de onderneming naar de afgrond voert. De werknemers die na afspiegeling over zouden blijven, zijn in onvoldoende mate in staat hun salariskosten plus een marge voor overhead te verdienen bij de opdrachtgevers. Uit een inventarisatie bleek voorts dat bij de overblijvers sommige werknemers met een relatief hoog ziekteverzuim (8% of hoger) kampen. De oudere werknemers (er zijn relatief veel oudere werknemers, vooral in de groep 55+) hebben daarenboven recht op seniorendagen en nog weer andere werknemers kunnen rechten doen gelden op hoge ploegendiensttoeslagen. De onderneming heeft ook werknemers die met een (forse) winstmarge draaien, maar deze zouden bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel nu juist afvallen. Dat laatste zou de situatie dus erger maken. Uit deze inventarisatie bleek dat een reorganisatie met toepassing van het afspiegelingsbeginsel derhalve zou leiden tot een versneld einde.
De onderneming heeft relatief lage overheadkosten. De enige kosten waar derhalve echt op bespaard kan worden, zijn de loonkosten. Het derde scenario, het scenario waar de onderneming voor koos, ziet op een verlaging van de loonkosten en in het verlengde daarvan een herziening van het verdienmodel. Het probleem is immers dat de werknemers relatief duur zijn in vergelijking met uitzendkrachten uit de branche. Een faillissement wordt gezien als ultimum remedium. Men tekent hierbij aan dat er geen (potentiële) kopers in beeld zijn, de verwachting is dat bij een faillissement een doorstart niet haalbaar zal zijn.
De onderneming is met de vakbonden in gesprek gegaan over een voorgenomen versobering van arbeidsvoorwaarden en heeft tevens een instemmingsverzoek bij de ondernemingsraad neergelegd met voorstellen voor een neerwaartse wijziging van de arbeidsvoorwaarden. De voorstellen zagen mede op het terugbrengen van de toeslagen naar een marktconform niveau en het inleveren van ATV-dagen. In totaal zouden alle voorgestelde maatregelen een kostenbesparing van 10% kunnen opleveren.
De vakbonden en de ondernemingsraad hebben laten weten zich op het standpunt te stellen dat de participerende bedrijven moesten opdraaien voor de verliezen. Deze bedrijven hebben echter te kennen gegeven niet méér te willen investeren. Er is voorts bezorgdheid getoond

over het risico van een lagere WW-uitkering als de onderneming ondanks de maatregelen toch later failliet gaat.

Consequenties voor de onderneming en de betrokken stakeholders, in het bijzonder de werknemers

Het overleg over de voorstellen is ten tijde van de afsluitdatum van dit rapport nog gaande. De bonden en de ondernemingsraad hebben een tegenbod gedaan. De onderneming is bezig wederom een tegenvoorstel te formuleren, maar bereidt zich voor op het scenario van faillissement. Er is sprake van een zekere 'impasse'. De verwachting is dat de markt-omstandigheden uitdagend blijven. Een bedrijfsbeëindiging is niet haalbaar, nu er geen geld voor een sociaal plan of een transitievergoeding is.

CASE 3

Selectiecriteria:

Omvang:	Groot
Sector:	Zorg
Afwikkelingswijze:	Informele reorganisatie

De aard en omvang van de onderneming

De onderneming is een instelling die zich in stichtingsvorm beweegt op het terrein van de gezondheidszorg. Zij verleent zorg aan verschillende groepen hulpbehoevenden. De instelling doet dit in de vorm van klinische en ambulante zorg en opereert in en vanuit diverse vestigingen.

Bij de stichting zijn ruim 600 werknemers in dienst. Het merendeel van het personeel werkt direct in zorgverlenende functies. Er is een ondernemingsraad ingesteld.

De stichting heeft in het verleden financiering aangetrokken bij enige banken. De instelling onderhandelt jaarlijks met de verzekeraars over zorginkoop. Voorts is sprake van een zekere afhankelijkheid van overheidssubsidies. De grootste kostenpost bestaat uit personeelskosten.

De aard en oorzaak van de financiële problemen van de onderneming

De instelling heeft moeten ervaren dat de omzet in een aantal jaren sterk is teruggelopen. Deze omzetdaling was niet het gevolg van een teruglopende vraag naar zorg, maar van het overheidsbeleid op de aandachtsgebieden van de instelling. Van oudsher bood de instelling voor een niet onbelangrijk deel intramurale zorg. Daar wordt echter de laatste jaren allengs minder subsidie op verleend.
Andere aandachtspunten betroffen de productiviteit van de medewerkers en de interne organisatie. De instelling kampte voorts met problemen in het doorbelasten van de huisvestingskosten aan de zorgverzekeraars. Bovendien had de instelling moeite weerstand te bieden aan de druk vanuit de zorgverzekeraars tot het verlenen van goedkopere zorg aan 'hun cliënten'. Een deel van de activiteiten raakte in een verliessituatie en dit had uiteindelijk ook effect op de andere bedrijfsonderdelen.

Besluitvorming omtrent financiële moeilijkheden

In de loop van 2013 ontstond onzekerheid of de continuïteit van de instelling verzekerd was. Daarop is een reorganisatie aangekondigd waarbij de klinische zorg werd afgebouwd en de ambulante zorg werd geïntensiveerd. Er werden arbeidsplaatsen geschrapt. De reorganisatie

raakte enige tientallen werknemers. De werknemers hadden recht op een wachtgeldregeling die hen een aanvulling op de WW gaf en op begeleiding naar ander werk.
De instelling heeft de reorganisatie in overleg met de vakbonden doorgevoerd. Er is in het licht van de ontstane situatie een aanvulling op het bestaande sociaal plan afgesproken waarmee de leden hebben ingestemd. Er heeft ook een adviestraject bij de ondernemingsraad plaatsgevonden, ook deze raad stemde in met de reorganisatie. De reorganisatie is via het UWV afgewikkeld.
Men verwachtte door deze reorganisatie weer in gezonder vaarwater te zijn beland. In het voorjaar van 2014 bleek het tij evenwel niet te zijn gekeerd. De genomen maatregelen hadden onvoldoende effect gesorteerd. De instelling raakte in liquiditeitsproblemen. In overleg met de financiers is vervolgens getracht te komen tot een herstructurering buiten faillissement. Het beoogde reddingsplan hield in dat van een deel van de activiteiten afscheid werd genomen. Onderdeel van het plan was ook een verdere sanering van het personeelsbestand. De tijdsdruk was hoog.
In een korte tijdsspanne is onderhandeld over een oplossing. Alle stakeholders hebben water bij de wijn gedaan. Daarbij speelde dat gezien de belangen van de hulpbehoevenden en de werkgelegenheid een faillissement in beginsel niet werd beschouwd als een begaanbaar pad. Men wilde ook niet geassocieerd worden met een faillissement van de zorginstelling. Het besef van de op het spel staande maatschappelijke belangen heeft een belangrijke rol gespeeld in het uiteindelijk bereikte resultaat.
Voor wat betreft het personeel ging het om een forse reorganisatie welke meer dan vijftig werknemers raakte. Het overleg met de vakbonden en de ondernemingsraad heeft lastige momenten gekend. De vakbonden werden relatief laat in het proces betrokken. Dat heeft de relatie geen goed gedaan. De ondernemingsraad wilde aanvankelijk geen advies uitbrengen over de reorganisatie. Ook zij voelden zich overvallen. De reorganisatie lag gevoelig. Uiteindelijk heeft de ondernemingsraad evenwel ondanks de ervaren onmin over de gang van zaken gelet op de omstandigheden van het geval toch positief geadviseerd. Voor wat betreft de vertrekregeling is de lijn van het eerdere sociaal plan doorgetrokken.

Consequenties voor de onderneming en de betrokken stakeholders, in het bijzonder de werknemers

Het UWV heeft de aangevraagde ontslagvergunningen na een relatief langdurige procedure verleend. De reorganisatie is doorgevoerd. De verlieslatende bedrijfsactiviteiten zijn afgestoten. De instelling heeft inmiddels ook een nieuw management. De bij de reorganisatie betrokken stakeholders, inclusief de vakbonden en de ondernemingsraad, worden op de hoogte gehouden van de ontwikkelingen.

CASE 4

Selectiecriteria:

Omvang: Klein
Sector: Industrie
Afwikkelingswijze: Informele reorganisatie

Aard en omvang van de onderneming

De onderneming is van origine een familiebedrijf, gevestigd te Brabant. Een deel van de activiteiten is rond de eeuwwisseling verkocht. Het bedrijf heeft zich geconcentreerd op het leveren van diensten binnen de sector industrie. Door het overnemen van enkele kleine concurrenten uit de regio is de onderneming gegroeid tot een regionaal belangrijke speler. Vlak voor de herstructurering van enige jaren terug waren er ongeveer 50 werknemers in dienst. Dit personeelsbestand bestond met name uit werknemers met een contract voor onbepaalde tijd. De werknemers met een contract voor bepaalde tijd waren reeds in een eerder stadium afgevloeid door het niet verlengen van contracten. Er was geen ondernemingsraad.

De oorzaak van de financiële problemen van de onderneming

In de betreffende markt heeft men al een fors aantal jaren te maken met het probleem van overcapaciteit op de markt. Er is sprake van een krimpende vraag. Bovendien produceren nieuwe machines steeds sneller. De onderneming heeft dit ook zelf aan den lijve ondervonden toen na het installeren van een nieuwe machine de gehoopte omzettoename uitbleef. Door het management dat een jaar of tien geleden aantrad is door een gebrek aan teamwork onvoldoende scherp gestuurd op de marktontwikkelingen. Er ontstond door de aanwezigheid van de nieuwe machine en een systeem van ploegendiensten een overbezetting. Men kwam in een verliessituatie terecht. Er ontstonden liquiditeitsproblemen.

Besluitvorming omtrent financiële moeilijkheden

Een jaar of vijf geleden is geprobeerd ontslagvergunningen via het UWV te verkrijgen. De aanvragen werden afgewezen. Dit had te maken met het feit dat het afspiegelingsbeginsel niet goed was toegepast. Het ging om ongeveer 10 werknemers. Het was niet mogelijk om tot individuele beëindigingen te komen, omdat er geen financiële middelen waren voor ontslagvergoedingen. Waren de ontslagvergunningen wel toegewezen, dan was dat nog maar een eerste stap geweest, omdat er in meer opzichten en op langere termijn een herstructurering van de activiteiten plaats moest vinden.
De onderneming kwam bij de bank onder bijzonder beheer. Er werd een rapport opgesteld door een extern bureau om de pijnpunten bloot te leggen. In het rapport werden opmerkingen

geplaatst over het commerciële beleid, betalingsachterstanden, overcapaciteit en overbezetting in het productieproces en de omstandigheid dat stakeholders verschillende rollen vervulden (waaronder familieleden die aandeelhouder en werknemer of commissaris waren). Dit laatste bemoeilijkte de besluitvormingsprocessen.
Er was vertrouwen in de toekomst van de onderneming, maar er moest flink teruggeschaald worden. Eén van de machines werd verkocht en de capaciteit werd aangepast. Men ging van vijf naar drie ploegen terug. Er kwam een nieuwe raad van commissarissen en een nieuw bestuur.
De druk op de omzet bleef. De bank heeft daarop – vanwege het vertrouwen in het nieuwe management – een flinke afschrijving gedaan (enige miljoenen) in ruil voor een optie de meerderheid van de aandelen. De familie moest derhalve plaats maken.
Nadien heeft een forse personele reorganisatie plaatsgevonden. Het personeel werd hier zelf eerst van op de hoogte gesteld. De directie heeft dit keer een externe adviseur ingeschakeld die de aanvragen bij het UWV heeft ingediend. Er werd voor een kleine twintig man een ontslagvergunning aangevraagd, zodat er na de reorganisatie ruim dertig man overbleef. Dit was het minimale aantal werknemers dat nog nodig was om de onderneming draaiende te houden. Hierbij werd het afspiegelingsbeginsel toegepast. Ook heeft er een mondelinge toelichting bij de ontslagaanvragen plaatsgevonden. De ontslagaanvragen werden binnen veertien dagen toegewezen, waarna over kon worden gegaan tot ontslag.
Er was geen ondernemingsraad, maar de bonden zijn ingelicht over de reorganisatie, door middel van aanschrijving. Er was geen geld voor een sociaal plan. Er zijn nog wel begeleidingstrajecten naar ander werk aangeboden. Dit werd gefinancierd door de bank. De trajecten kregen uiteindelijk vorm door middel van een samenwerking met een mobiliteitscentrum. De bonden hebben zich verder ondanks het ontbreken van een sociaal plan niet ingelaten met de reorganisatie. Op dat moment speelde een andere grote reorganisatie in de regio waar de bonden hun handen vol aan hadden.
Er is wel surseance of faillissement overwogen, maar dit was geen aantrekkelijke optie. De branche kent een nauwe verwevenheid met elkaar. Na een eventuele doorstart zijn partijen op een zelfde wijze op elkaar aangewezen en een faillissement levert dan enkel een deuk in het imago op. Bovendien werd een faillissement niet gezien als een chique oplossing. Ook wilde men het roer bij voorkeur niet uit handen geven.

Consequenties voor de onderneming en de betrokken stakeholders, in het bijzonder de werknemers

Het personeel is teruggebracht naar ongeveer dertig werknemers. Ten aanzien van het personeel dat eerder was overgenomen vond een harmonisatie van de arbeidsvoorwaarden plaats. De werknemers die mochten blijven, gingen hiermee akkoord. Het bedrijf heeft nog geen winst gemaakt, maar er is een flink positieve kasstroom en de onderneming kan aan de financieringsverplichtingen voldoen.

CASE 5

Selectiecriteria:

Omvang:	Middelgroot
Sector:	Dienstverlening
Afwikkelingswijze:	Informele reorganisatie

Aard en omvang van de onderneming

De onderneming was gevestigd in het zuiden van ons land en maakte deel uit van een internationaal concern. De onderneming is kort na de eeuwwisseling opgericht met het oog op het in Nederland uitrollen van de door het concern gehanteerde formule.
De activiteiten bewogen zich op het terrein van de automotive sector en waren dienst-verlenend van aard. Het aantal werknemers lag de laatste jaren rond de 100 werknemers. De werknemers werden in vergelijking tot de sector bovengemiddeld betaald.
Er was geen ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging ingesteld.

Aard en omvang van de financiële problemen van de onderneming

De onderneming is geraakt door de crisis. Klanten hadden minder te besteden en de omzet liep daardoor terug. Daarnaast bleek gaandeweg dat de activiteiten minder aansloegen dan verwacht op basis van de ervaringen van de moedermaatschappij in het thuisland. De ruimte voor het zelf kunnen beslissen over eventuele aanpassingen in de te varen koers was, mede gelet op de aard van de activiteiten, op het niveau van de Nederlandse werkmaatschappij beperkt.
De grootste kostenposten van de onderneming waren de huur- en personeelskosten.
De onderneming werd intraconcern gefinancierd. Er liep geen financiering bij een bank. Het bedrijf heeft de laatste jaren aanzienlijke verliezen geleden van meer dan een miljoen op jaarbasis. Het eigen vermogen liep terug tot fors negatief. Het bedrijf heeft in Nederland nooit zwarte cijfers geschreven.

Besluitvorming omtrent financiële moeilijkheden

Het concern heeft veel in de onderneming geïnvesteerd en de verliezen in het verleden opgevangen. Op een zeker moment werd de situatie nijpender. Er is toen met de moedermaatschappij gesproken over de beschikbare opties en gekozen voor een herschikking van de activiteiten. Dit zou tot gevolg hebben dat er personeel zou moeten afvloeien.
Daarnaast werden onderhandelingen met de verhuurders opgestart om de huurprijzen omlaag te krijgen.
Dit traject is ingezet. Enkele tientallen werknemers verloren hun baan. De WMCO-grens werd niet gehaald, omdat de ontslagen niet allemaal binnen hetzelfde vestigingsgebied vielen.

De selectie van het personeel heeft conform de daarvoor geldende beleidsregels van het UWV plaatsgevonden. De vakbonden zijn bij dit traject als zodanig niet betrokken. Wel behartigde de vakbond de belangen van enkele individuele werknemers. Het UWV- traject heeft circa vier maanden geduurd. Nadat het UWV toestemming had verleend, zijn de arbeidsovereenkomsten met de verschillende werknemers opgezegd.
Het is de onderneming nadien nog altijd niet goed gegaan. Dit komt door de al geschetste externe factoren en de omstandigheid dat de doorgevoerde reorganisatie niet tot een positieve bijstelling van de resultaten heeft geleid. Om deze reden is besloten de handdoek in de ring te gooien en de Nederlandse onderneming te sluiten.
Een tijdpad werd uitgezet en een liquidatieplan werd opgesteld. De datum waarop alle activiteiten beëindigd moesten zijn, werd vastgelegd. Onderdeel van de plannen was het bereiken van een akkoord over een sociaal plan voor het personeel en het in onderling overleg beëindigen van de lopende huurovereenkomsten. De onderneming is geconfronteerd met de omstandigheid dat men uit het tijdpad is gelopen.
Er is vervolgens over twee opties gesproken: een informele reorganisatie of een faillissement.
De beslissing via welke route de sluiting van het bedrijf in Nederland zou lopen en of de concernmoeder nog bereid was om het sociaal plan te financieren, kostte enige tijd. Uiteindelijk bleek de moedermaatschappij bereid om tot een bepaald niveau een sociaal plan te financieren. Belangrijke argumenten waren het imago en het tonen van een sociaal gezicht waarbij voorts de gedachte bestond dat het bedrijf dan vrijwel zeker wist wat de sluiting zou kosten.

Gevolgen voor de onderneming en de betrokken stakeholders, in het bijzonder de werknemers

Vervolgens is conform de regels van de WMCO gehandeld. De vakbonden zijn geconsulteerd op een moment dat alles nog vertrouwelijk was. De onderneming heeft een sociaal plan voorgelegd dat de instemming kreeg van de bonden. De bonden vonden het een net sociaal plan. Aan de zijde van de bonden wilde men evenwel geen handtekening zetten zonder met de achterban overleg te hebben gepleegd. Men wilde evenmin voor geheimhouding tekenen. De onderneming wilde niet dat een en ander op dat moment bekend werd. Uiteindelijk is besloten om een onderhandelaarsakkoord te sluiten.
Vervolgens is een ontslagaanvraag bij het UWV ingediend en is het personeel ingelicht. Nadien is de onderneming met het personeel individuele beëindigingsovereenkomsten aangegaan. Hierna kon de ontslagaanvraag bij het UWV worden ingetrokken. De arbeidsovereenkomsten zijn geëindigd en de activiteiten zijn aldus buiten faillissement tot een einde gekomen.
Vervolgens bleek dat met de verhuurders geen algehele overeenstemming kon worden bereikt over de beëindiging van de huurovereenkomsten. De vennootschap heeft daarop het eigen faillissement aangevraagd, waarna de curator de huurovereenkomsten overeenkomstig de regels van de Faillissementswet heeft opgezegd.

CASE 6

Selectiecriteria:

Omvang:	Klein
Sector:	Dienstverlening
Afwikkelingswijze:	Informele reorganisatie

De aard en omvang van de onderneming

De onderneming exploiteert een advies- en detacheringsbureau. Het bedrijf – en de gehele branche – verkeerde een paar jaar terug in financiële moeilijkheden. Voor de onderneming speelde daarnaast dat sprake was van een te zware overhead. De voormalige DGA heeft diverse opties overwogen (reorganisatie, faillissement en overname). Faillissement was uit loyaliteit jegens de organisatie de minst aantrekkelijke optie. Uiteindelijk bleek een overname haalbaar. De overname werd zo in elkaar gezet dat er ruimte was voor het doorvoeren van een reorganisatie. De overnemende partij heeft direct na de overname het verliesmakende bedrijf (verliezen van enkele tonnen) gereorganiseerd. Middels beëindigingsovereenkomsten werd afscheid genomen van overtollig personeel. Na deze reorganisatie bleven ruim veertig werknemers over. Het werknemersbestand is ook nu nog bijna volledig vast, met aanzienlijke salarissen. Er is een ondernemingsraad.

De aard en oorzaak van de financiële problemen van de onderneming

Door de recessie bleven opdrachten steeds meer uit. De klanten moesten snijden in de kosten waardoor de omzet van de onderneming terug liep. Er waren geen financieringskosten in de zin dat er geen externe financiers waren. De personeelskosten en overhead waren hoog. Dit kwam mede doordat de werknemers een auto van de zaak hebben. In de dienstverleningssector is het aanbod van kwalitatief hoogwaardige werknemers schaars. De onderneming moet derhalve goede arbeidsvoorwaarden bieden om het personeel te behouden. Men wil bij voorkeur niet met opdrachtovereenkomsten aan de slag, omdat het vaak starters betreft.

Voorafgaand aan de overname een paar jaar terug had er reeds een zekere versobering van de arbeidsvoorwaarden plaatsgevonden. In overleg met de ondernemingsraad is gesleuteld aan een aantal secundaire arbeidsvoorwaarden. Met name zijn er verlofdagen ingeleverd. Het ging evenwel om een druppel op de gloeiende plaat. Ten tijde van de overname bestond het vooruitzicht op nieuwe wetgeving, die veel werk zou opleveren. Met de reorganisatie-maatregelen die zijn getroffen was de verwachting dat men het tot de inwerkingtreding van die nieuwe wetten vol zou kunnen houden. In april 2012 kwam echter het kabinet ten val en kwam de wetgevingsplanning voorlopig stil te liggen. Dit leidde ertoe dat de verwachte toename in opdrachten uitbleef. Dit bracht ineens een ander toekomstperspectief met zich.

Besluitvorming omtrent financiële moeilijkheden

De onderneming bevond zich toen in een benarde situatie. Het reorganisatiegeld was op, er was gesneden waar mogelijk en de opdrachten bleven uit. De bank had twee ton krediet beschikbaar gesteld, maar op basis van periodieke cijfers werd het krediet door de bank ingetrokken. Besloten werd om via het UWV ontslagaanvragen in te dienen voor zes werknemers. De ondernemingsraad heeft desgevraagd positief geadviseerd. De ontslag-vergunningen werden evenwel niet verleend, omdat het UWV oordeelde dat de functies uitwisselbaar waren met andere functies.
Een juiste toepassing van het afspiegelingsbeginsel om het volume van het personeel aan te sluiten op de opdrachten zou echter niet leiden tot de gewenste oplossing. Een deel van het personeelsbestand zat immers door het uitblijven van opdrachten thuis, terwijl een ander deel wel aan het werk was. Bij afspiegeling zouden nu juist de werknemers die op een opdracht zaten, in aanmerking komen voor een ontslag. De onderneming had geen 'dichtgetimmerd functieprofiel' en dat ligt ook niet makkelijk in de dienstverlenende detacheringsbranche. Detachering is in de praktijk niet zomaar als functie uitwisselbaar. De werknemers zitten op persoonlijke titel bij hun opdrachtgever. Door het zomaar plaatsen van iemand anders op de opdracht komt de zakelijke relatie onder druk te staan.
De onderneming heeft het tij vervolgens proberen te keren door het vragen van een loonoffer van het personeel. De ondernemingsraad was op de hoogte van de financiële situatie en stond gezien de stand van zaken positief tegenover het loonoffer. In het najaar van 2012 heeft een personeelsbijeenkomst plaatsgevonden, waarbij de werknemers op de hoogte werden gesteld van de situatie. Er werd een uitgebreide presentatie gegeven en ook de cijfers werden gepresenteerd. Daarbij werd de werknemers gevraagd om over een bepaalde besproken periode een loonoffer te doen van 10% van het brutoloon. Uiteindelijk ging een ruime meerderheid van de werknemers akkoord. Daarbij valt op te merken dat de werknemers zorg hadden om hun WW, mocht het uiteindelijk toch tot een faillissement komen. Het loonoffer is doorgevoerd.
Een paar werknemers die niet akkoord waren gegaan zijn een procedure begonnen. De vakbond heeft hen hierin bijgestaan. De kantonrechter overwoog dat in zijn algemeenheid bedrijfseconomische omstandigheden vrijwel nooit een verplichting tot medewerking aan een loonsverlaging kunnen meebrengen, aangezien het loon de meest primaire prestatie is van de werkgever en die verplichting in de kern staat van de arbeidsovereenkomst, tegenover de plicht tot het verrichten van arbeid. Werknemers hebben een evident groot belang bij behoud van hun loon aangezien dit loon dient voor de kosten van levensonderhoud. De kantonrechter concludeerde dat het voorstel niet redelijk was en van werkneemster niet in redelijkheid kon worden gevergd het voorstel te aanvaarden. Dat een ruime meerderheid van de werknemers het voorstel had geaccepteerd, maakte dit niet anders.
De onderneming heeft daarop het achterstallig loon betaald en hoger beroep ingesteld. Omdat de werknemers uit dienst traden, is het hoger beroep ingetrokken. De overige werknemers die niet akkoord waren gegaan, hebben zich niet op de uitspraak beroepen.

Consequenties voor de onderneming en de betrokken stakeholders, in het bijzonder de werknemers

Het loonoffer heeft goed uitgepakt. De lang verwachte wetgeving is er uiteindelijk doorgekomen en daarmee kwam ook nieuw werk los. Dankzij het loonoffer heeft de onderneming het in de tussentijd gered. Er is inmiddels nog wel afscheid genomen van een paar werknemers. Dit is in onderling overleg gegaan. Het bedrijf schrijft weer zwarte cijfers. De werknemers krijgen hun reguliere loon weer uitbetaald (zonder de 10% korting). Er is zelfs een bonus uitgekeerd.

CASE 7

Selectiecriteria:

Omvang: Groot
Sector: Retail
Afwikkelingswijze: Informele reorganisatie

De aard en omvang van de onderneming

De onderneming exploiteert een winkelketen op het gebied van mode en aanverwante artikelen. De onderneming heeft een fors aantal vestigingen en behoort toe aan een groep investeerders. Het aantal personeelsleden overstijgt ruim het getal dat geldt als ondergrens voor het zijn van een grote onderneming. Er is een ondernemingsraad ingesteld.
De onderneming heeft bankfinanciering. Het gaat bij de uitstaande leningen om een bedrag van ettelijke miljoenen. De omzet ligt ruim boven de honderd miljoen per jaar.
De loon- en huurkosten vormen de grootste kostenposten voor de onderneming. Veel werknemers zijn reeds lang in dienst op basis van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd en het salarisniveau luidt overeenkomstig een met de vakbonden overeengekomen arbeidsvoorwaardenpakket (in de visie van het management boven marktconform niveau). De vestigingen worden gehuurd van verschillende externe verhuurders.

De aard en oorzaak van de financiële problemen van de onderneming

De onderneming maakte verlies. De oorzaak werd gevormd door een teruglopende omzet, een gevolg van de lastige marktomstandigheden in de betreffende sector. De onderneming was er niet in geslaagd de kostenstructuur in voldoende mate gelijke tred te laten houden met de omzetontwikkeling. De loonkosten en de huurlasten drukten relatief zwaar op de begroting en beperkten de mogelijkheden om in vernieuwing van de formule te investeren.

Besluitvorming omtrent financiële moeilijkheden

De onderneming heeft op diverse manieren gepoogd het tij te keren. Door het efficiënter maken van interne processen heeft de onderneming het personeelsbestand per vestiging op een niveau kunnen krijgen dat benodigd was om de vestigingen adequaat te kunnen draaien. Vestigingen zijn verbouwd of gesloten, er is naar de distributieketen de huisvesting van het hoofdkantoor gekeken. De doorgevoerde aanpassingen zijn evenwel niet voldoende geweest om de omzetontwikkeling bij te benen.
De onderneming is in gesprek gegaan met haar financiers. Er volgde overleg tussen de investeerders in de onderneming en de banken over oplossingen. De investeerders kwamen uiteindelijk tot de conclusie dat continuering der activiteiten slechts haalbaar zou zijn als de diverse stakeholders in het bedrijf daaraan een bijdrage zouden leveren. Doel was de

kostenstructuur weer in lijn te brengen met de omzet. Deze bijdrage zag mede op de post loonkosten.

De onderneming is daarop in overleg getreden met de vakbonden. Aanvankelijk heeft de onderneming aangestuurd op een reductie van de lonen. Een eenzijdige loonsverlaging botste evenwel op weerstand van de zijde van de bonden en het personeel. Er is vervolgens na enige schermutselingen en nader overleg overeenstemming bereikt over een sociaal plan en de versobering van een beperkt aantal arbeidsvoorwaarden, niet zijnde de salarissen. Vervolgens heeft de onderneming besloten tot een reorganisatie waarbij meer dan honderd werknemers via het UWV het bedrijf verlieten. Ook de ondernemingsraad heeft na een adviestraject omtrent de voorgenomen reorganisatie groen licht gegeven voor de gekozen aanpak. Het afspiegelingsbeginsel is toegepast. De ontslagen werknemers kwamen in aanmerking voor de regelingen die voortvloeiden uit het met de vakbonden overeengekomen sociaal plan, waarbij de kantonrechtersformule model heeft gestaan.

Consequenties voor de onderneming en de betrokken stakeholders, in het bijzonder de werknemers

Er zijn structurele kostenbesparingen bereikt. Als gevolg van de reorganisatie hebben werknemers hun baan verloren. De onderneming en de vakbond zijn te spreken over het slot van het traject van overleg dat uiteindelijk heeft geresulteerd in afspraken over de aanpak. De onderneming heeft uitzicht op een continuïteitsscenario behouden doordat een totaaloplossing is bereikt met alle betrokken stakeholders.

CASE 8

Selectiecriteria:

Omvang:	Klein
Sector:	Dienstverlening
Categorie:	Informele reorganisatie

Aard en omvang van de onderneming

De onderneming beweegt zich op het gebied van de dienstverlening aan diverse sectoren uit het bedrijfsleven. Het bedrijf is na de eeuwwisseling opgericht.
Een jaar of tien geleden heeft de onderneming een concurrent overgenomen. Er heeft geen integratie van de activiteiten plaatsgevonden. Er was ook slechts sprake van een gedeeltelijke overlap van aandachtsgebieden. Wat de werknemers van het overgenomen bedrijf deden, gebeurde op een goede manier. Hun werkwijze sloot echter niet aan bij die van de onderneming. De onderneming moest bovendien ervaren dat de betreffende werknemers ook geen affiniteit hadden met de andersoortige werkzaamheden van de overnemer. De bedrijfsculturen bleken sterk uit elkaar te liggen, sterker dan verwacht ten tijde van de overname. Toen was de veronderstelling dat beide bedrijven goed met elkaar konden worden gecombineerd. Dit bleek niet te lukken.
De onderneming werkt veel met opdrachtnemers en had ten tijde van de overname maar een paar werknemers in dienst. De opdrachtnemers vormen een grote flexibele schil. Het overgenomen bedrijf had ten tijde van de overname circa 25 werknemers in dienst. Gelet op de omvang van de onderneming was er geen ondernemingsraad.

Aard en omvang van de financiële problemen van de onderneming

Na de overname ging het mis. De markt waarin de twee bedrijven opereerden werd hard getroffen door de crisis. Het overgenomen bedrijf verleende vooral diensten aan retail bedrijven en die hadden het erg moeilijk. Door de financiële crisis zei de ene na de andere opdrachtgever de relatie op. In kortere tijd viel meer dan 50% van de omzet weg.
De eigen onderneming had een breder scala aan relaties en daardoor kwam de crisis daar minder hard aan. Het gevolg van de terugval in omzet aan de zijde van het overgenomen bedrijf was dat de overnemer alle kosten en lasten voor de kiezen kreeg. Dit kon zij niet lang dragen en korte tijd later was de grens bereikt.

Besluitvorming omtrent financiële moeilijkheden

Het probleem was tweeledig: terugval van de omzet, en de omstandigheid dat het overgenomen personeel niet geschikt was voor het type business van de overnemer.

De overnemer moest een reorganisatie doorvoeren. Beide ondernemingen waren na de overname nog niet samengevoegd. Dit had achteraf als voordeel dat in de UWV procedures enkel naar de 'oude organisatie´ van het overgenomen bedrijf kon worden gekeken. De organisatie van de overnemer bleef buiten schot.

De besluitvorming om in te grijpen was een eigen beslissing van de directie van de onderneming en was niet ingegeven door de bank. Het was voor de directie al snel duidelijk dat het niet goed ging.
Een gedeelte van de eigen woning van de DGA zat in het bedrijf. Het was als gevolg daarvan eens te meer helder dat men echt orde op zaken moest stellen.
De onderneming heeft besloten om het pand waarin zij gevestigd was en dat in eigendom van de onderneming was, te verkopen om zo de rekeningen te kunnen betalen. Daarnaast heeft de onderneming via het UWV ontslag aangevraagd voor 15 werknemers.

Consequenties voor de onderneming en de betrokken stakeholders, in het bijzonder de werknemers

Bij het overgenomen bedrijf stonden nog een kleine 20 personen op de loonlijst. Dit aantal paste totaal niet meer bij de vraag naar de diensten van het overgenomen bedrijf. Het besluit viel om fors in te krimpen en bij het UWV voor 15 werknemers toestemming voor ontslag aan te vragen. Het antwoord op de vraag welke werknemers voor ontslag in aanmerking kwamen werd bepaald overeenkomstig het afspiegelingsbeginsel. Het UWV heeft de toestemmingen op de aangegeven bedrijfseconomische gronden verleend. Omdat er minder dan 20 personen zijn ontslagen, heeft de vakbond geen rol gespeeld in deze kwestie. Er was, zoals reeds opgemerkt, geen ondernemingsraad.

Uiteindelijk bleven 4 personeelsleden behouden. Dit waren de boekhouder, de werknemer die verantwoordelijk was voor de operationele zaken en nog twee medewerkers.
De onderneming begrijpt dat het UWV de selectie in de hand wil houden, maar ervaart de werking van het afspiegelingsbeginsel wel als een soort van loterij. De onderneming is door de toepassing van het betreffende beginsel ook mensen kwijt geraakt die ze eigenlijk niet kwijt wilde.
Nadat het UWV toestemming had verleend zijn de arbeidsovereenkomsten opgezegd. Er was geen sociaal plan. Er zijn geen ontslagvergoedingen betaald. Wel is aangeboden dat deze werknemers tot de flexibele schil van de onderneming konden toetreden.

Het hele proces heeft slechts bij één medewerker tot problemen aanleiding gegeven. Het betrof een werknemer aan wie de onderneming een ander contract had aangeboden met een iets lager salaris en zonder auto van de zaak, maar met een creatieve oplossing die maakte dat deze werknemer er per saldo uiteindelijk in de visie van de onderneming niet slechter van werd. De betreffende werknemer had daar een andere opvatting over en partijen hebben elkaar niet van de juistheid van het eigen standpunt kunnen overtuigen, ook niet met behulp van mediation. Uiteindelijk heeft in deze kwestie de ontbindingsrechter de knoop moeten doorhakken. De arbeidsovereenkomst is ontbonden met een vergoeding waarbij door de

rechter rekening is gehouden met de omstandigheid dat de werknemer werk had kunnen behouden. Het was voor de onderneming in relatieve zin aldus een gunstige uitslag.
Al met al bleek derhalve dat de overname een blok aan het been van de onderneming is geweest. De overname was door de crisis slecht getimed. Het bedrijf heeft het echter uiteindelijk gered. Wel heeft het enige tijd geduurd voordat het personeel over de hele vervelende situatie heen was.
De crisis loopt nu op zijn einde en dit merkt de onderneming ook. De vraag vanuit de markt naar de dienstverlening van de onderneming trekt weer aan. Op dit moment zijn er circa 20 personen bij de onderneming in dienst.

CASE 9

Selectiecriteria:

Omvang:	Klein
Sector:	Industrie
Afwikkelingswijze:	Informele reorganisatie

Aard en omvang van de onderneming

De onderneming werd in de eerste helft van de vorige eeuw gevestigd. Het bedrijf is door de vader van de huidige directeur in de tweede helft van de vorige eeuw overgenomen. De huidige directeur heeft het bedrijf verder uitgebouwd.
De onderneming is een toeleverancier van diverse producten voor uiteenlopende toepassingen in de bouw. Daarnaast beschikt de onderneming over een productielijn van producten die worden afgezet via bouwmarkten in binnen en buitenland. Het bedrijf heeft haar positie ten aanzien van deze tweede lijn kunnen behouden door een innovatieslag te maken met robots.
Voor de crisis had de onderneming enige tientallen eigen werknemers in vaste dienst. Het ging over het algemeen om medewerkers die lang in dienst waren. Daarnaast maakte de onderneming gebruik van personeel vanuit de sociale werkvoorziening. Ook te dien aanzien ging het om enige tientallen medewerkers, werkzaam op basis van een detacheringsconstructie. De personeelskosten en de kosten van grondstoffen zijn de twee grootste kostenposten. Er zat eigen vermogen in de onderneming en er was financiering door de bank.
In de jaren vóór de crisis kende het bedrijf een omzet van meer dan 5 miljoen euro. In de crisisperiode is de jaarlijkse omzet meer dan gehalveerd. Sinds 2009 heeft het bedrijf onafgebroken verlies geleden. De onderneming kwam onder bijzonder beheer van de bank te staan. Uiteindelijk heeft de onderneming verschillende verstrekkende kostenbesparende maatregelen moeten nemen. Een paar jaar terug heeft een ingrijpende reorganisatie plaatsgevonden. De familie werkte de afgelopen jaren zeven dagen per week om het spreekwoordelijke hoofd boven water te houden.

Aard en omvang van de financiële problemen van de onderneming

In 2007 werd de afname van de omzet voelbaar. De activiteiten in de bouwsector liepen snel terug als gevolg van de economische en financiële crisis en dit had ook haar weerslag op de onderneming. Daarnaast stonden de prijzen van de producten die de onderneming maakt en levert onder druk als gevolg van de directe concurrentie uit met name Azië. Vanaf 2008 ging het door de hevige concurrentiestrijd en de mondiale crisis snel bergafwaarts. In de periode 2008 tot en met 2011 was sprake van een omzetverlies van circa 40%.
De schuldenlast bestond uit een kredietfaciliteit van ruim 2 miljoen euro. Op zeker moment werd de onderneming door de bank vrij plotseling geconfronteerd met het opzeggen van de kredietverlening en een blokkering van de bankrekening, hoewel de onderneming in haar

visie aan de lopende betalingsverplichtingen richting de bank voldeed. Gedurende een half jaar hebben gesprekken plaatsgevonden. De handelwijze van de bank bleek in verband te staan met een gewijzigde strategie die maakte dat zij de onderneming geen langdurige betrokkenheid kon bieden en vond dat de onderneming haar heil elders moest zoeken. Uiteindelijk kon de onderneming de bank overtuigen dat het opzeggen van het krediet onnodig was geweest. De bank stelde wel als eis dat binnen het bedrijf nogmaals kritisch naar de kosten werd gekeken. Daarnaast moest de onderneming de kredietfaciliteit omlaag brengen en versneld aflossen. Kort geleden heeft de bank een nieuw kredietvoorstel gestuurd met een nog strenger aflossingsschema. De onderneming heeft dit voorstel geaccepteerd. Het bedrijf heeft de afgelopen jaren kunnen blijven ondernemen doordat de onderneming van oudsher naast voornoemde bankrekening nog een bankrekening bij een andere bank had, waardoor zij in staat was om via deze bankrekening de noodzakelijke betalingen te verrichten.

Besluitvorming omtrent financiële moeilijkheden

Om de financiële moeilijkheden het hoofd te bieden, heeft de onderneming een groot aantal maatregelen genomen. Overtollige kantoorruimte is te huur aangeboden, het kantoorpand is te koop gezet, er werden slechts investeringen gedaan als dat absoluut noodzakelijk was, ICT contracten zijn opnieuw uitonderhandeld, de management fee is gehalveerd, er is bespaard op de verzekeringsportefeuille, autokosten, telefoonkosten, energiekosten, de voorraad is teruggebracht, er is scherper ingekocht, bepaalde tijd contracten zijn niet verlengd. De onderneming hield scherp in de gaten waar de omzet wegviel en keek steeds waar het personeel absoluut vereist was, hoe taken bijvoorbeeld slim ingevuld konden worden met combinatiefuncties.
Deze kostenbesparende maatregelen waren echter niet voldoende. Personeelskosten waren de grootste kostenpost. Ook hierin moest worden gesneden. Mede gelet op de aard van de onderneming en de omstandigheid dat de werknemers lang voor het bedrijf hadden gewerkt, viel de besluitvorming omtrent ontslagen de bestuurder zwaar. De werknemers konden evenwel begrijpen dat er ontslagen vielen, ook omdat er op de andere kosten bezuinigd werd en het personeel zag dat de familie er alles aan deed om het tij te keren.

Het op tijd ingrijpen, en dan vooral het snijden in personeelskosten, heeft tot gevolg gehad dat de onderneming indertijd heeft kunnen blijven voldoen aan haar betalingsverplichtingen. Er heeft na een eerste reorganisatie nog een tweede noodzakelijke ontslagronde plaatsgevonden. Daarnaast is altijd gekeken naar andere besparingsmogelijkheden. Bij iedere factuur werd gekeken of er iets bespaard kon worden.

Consequenties voor de onderneming en de betrokken stakeholders, in het bijzonder de werknemers

Aan het begin van de crisis heeft de onderneming gedwongen afscheid genomen van een tiental medewerkers in vaste dienst en enige personen die bij de sociale werkplaats werkten. Dit bleek uiteindelijk niet voldoende. Een paar jaar terug is nogmaals een reorganisatie

doorgevoerd, waarbij het personeelsbestand verder is teruggebracht en om en nabij werd gehalveerd tot circa tien fte. De relatie met de sociale werkplaats kwam ook tot een einde.
Er was geen geld voor afvloeiingsregelingen. De ontslagen zijn via het UWV verlopen en er zijn nagenoeg geen ontslagvergoedingen betaald. Het merendeel van de ontslagen werknemers heeft uiteindelijk berust in het ontslag. Slechts een werknemer heeft een kennelijk onredelijk ontslagprocedure aanhangig gemaakt, maar de rechter heeft geoordeeld dat in de gegeven omstandigheden geen sprake was van een kennelijk onredelijk ontslag.
Er is voor wat betreft het afstoten van onderdelen gekeken hoe de onderneming zichzelf zo goed mogelijk kon organiseren. In de goede jaren was er een heel groot programma in de tweede productielijn, waarbij ook veel handel werd dreven. Daarmee is de onderneming opgehouden. Men is zich gaan concentreren op een beperkt speelveld waarop het bedrijf zich zo goed mogelijk staande kon houden en processen verder kon automatiseren. De overgebleven producten kunnen thans concurrerend worden gemaakt en verkocht. Om in deze markt te kunnen overleven is het belangrijk om te blijven investeren en te automatiseren om de kostprijs zo laag mogelijk te houden en de concurrentie met lage loonlanden aan te kunnen blijven gaan.
Het bedrijf heeft een aantal grote klanten. De onderneming is met hen om de tafel gaan zitten met de bedoeling om te komen tot een aanpak waarbij de afnemers zonder dat sprake is van een afnameverplichting tijdig tevoren hun verwachtingen omtrent te plaatsen bestellingen doorgeven. Op die manier kan de marge per product op voorhand beter worden berekend.
Ten aanzien van de toekomst geldt dat de situatie zich voor de onderneming bezig is te normaliseren. De organisatie bestaat naast de directeur nog uit een tiental werknemers. De markt trekt enigszins aan, het huidige businessplan lijkt vooralsnog uit te komen. De onderneming heeft hoop dat zij in 2015 voor het eerst sinds jaren in de zwarte cijfers terecht komt. Het economische opgaande tij geeft perspectief op een zekere autonome groei.

CASE 10

Selectiecriteria:

Omvang: Groot
Sector: Dienstverlening
Afwikkelingswijze: Informele reorganisatie

Aard en omvang van de onderneming

De onderneming is een business to business dienstverlener binnen de dienstverlenende sector. Het gaat om de Nederlandse werkmaatschappij van een internationaal concern. In Nederland werken enige honderden werknemers. Er zijn veel werknemers met een vast dienstverband. De onderneming werkt voorts met tijdelijke contracten en uitzendkrachten. Het personeel wordt relatief goed betaald.
De onderneming heeft jarenlang positieve resultaten behaald. In recenter jaren is de onderneming evenwel door externe marktomstandigheden geconfronteerd met een teruggang in haar activiteiten. Daar ligt de oorzaak van de omstandigheid dat de onderneming in moeilijkheden is geraakt.
Er is een ondernemingsraad ingesteld. De geïnterviewden geven aan dat de relatie tussen het bestuur en de ondernemingsraad goed is. Ook de relatie met de vakbonden is altijd goed geweest. Ongeveer tweederde van de leden van de ondernemingsraad is ook bij een vakbond betrokken.

Aard en omvang van de financiële problemen van de onderneming

Enige jaren geleden verloor de onderneming vrij kort na elkaar enige grotere klanten. Dit had een merkbaar negatief effect op de omzet. De onderneming slaagde er niet in het verlies aan omzet elders terug te winnen. Zonder ingrijpen zou de onderneming in een verliessituatie terecht komen.

Besluitvorming omtrent financiële moeilijkheden

Het management van de onderneming heeft vervolgens twee scenario's overwogen. In de eerste optie zou men in afgeslankte vorm verder gaan. In de tweede optie zou het concern zich volledig uit de Nederlandse markt terugtrekken en de activiteiten van de onderneming beëindigen. De onderneming heeft voor de eerste optie gekozen. Dit scenario voorzag wel in een afscheid van enige honderden werknemers.

Er zijn uitvoerige onderhandelingen met de vakbonden geweest over een sociaal plan en de hoogte van de in dat kader te hanteren ontslagvergoeding. Geruime tijd zag het er naar uit dat geen overeenstemming kon worden bereikt. Daarbij speelde een rol dat de onderneming nog

een goede balans had en deel uitmaakte van een internationaal concern. Uiteindelijk is het na enige schermutselingen en met druk vanuit de ondernemingsraad toch gelukt om overeenstemming te bereiken over de contouren van het te hanteren sociaal plan.
Er diende zich vervolgens een koper aan van de activiteiten in Nederland. De interesse hield verband met het feit dat inmiddels de reorganisatie, met groen licht van de ondernemingsraad, in gang was gezet en de koper derhalve kon instappen in een geherstructureerd bedrijf.

Consequenties voor de onderneming en de betrokken stakeholders, in het bijzonder de werknemers

Een en ander heeft er toe geleid dat de onderneming alsnog, in afgeslankte vorm, haar blik weer op de toekomst kan richten als onderdeel van een ander concern. Veel werknemers hebben hun baan verloren. De koop heeft tot gevolg gehad dat voor een deel van het bij de reorganisatie betrokken personeel toch weer werkmogelijkheden ontstonden. Er is in de nieuwe constellatie en onder de inmiddels iets verbeterde marktomstandigheden sprake van hernieuwd continuïteitsperspectief. Wel valt te voorzien dat de koper te gelegener tijd synergievoordelen zal willen incasseren, maar het effect daarvan is aan de toekomst.

CASE 11

Selectiecriteria:

Omvang:	Klein
Sector:	Industrie
Afwikkelingswijze:	Informele reorganisatie

Aard van de onderneming

De onderneming is in de eerste helft van de vorige eeuw opgericht. De onderneming is toeleverancier van de land- en tuinbouwsector. Het betreft een familiebedrijf van de vierde generatie. Het bedrijf heeft een omzet van ruim vijf miljoen euro.
Begin 2009 waren er ongeveer 60 personen werkzaam. De onderneming kende geen formele personeelsvertegenwoordiging. Thans werken er circa 30 man.

Aard en omvang van de financiële problemen van de onderneming

Toen de financiële crisis in 2008 de onderneming raakte, kreeg de onderneming vrij plotseling te maken met een als structureel te beschouwen terugval in de omzet tot ongeveer de helft van de omzet die tot dan toe werd behaald. Daarnaast speelde een forse neerwaartse bijstelling van de waardering van de bedrijfspanden. Een en ander leidde tot financiële problemen. De bestuurder heeft direct actie ondernomen en een externe adviseur ingeschakeld. De personeelskosten vormden een belangrijk deel van de problematiek, aangezien minder personeel nodig was vanwege de sterk teruggelopen omzet, maar het was met name het (gefinancierde) vastgoed dat om de nek van de onderneming hing.
De bank wilde vanwege de waardedaling van het vastgoed extra onderpand en vroeg in eerste instantie om bijstortingen in het eigen vermogen. Dit was op dat moment niet haalbaar. De bank was op de hoogte van de stand van zaken binnen de sector en had vertrouwen in de ondernemer en zijn plannen. Dit vertrouwen is mede ontstaan vanwege diens proactieve houding en openheid naar de bank toe. Uiteindelijk zijn de onderneming en de bank samen tot een aanpak gekomen. Waar het nodig was heeft de bank aflossingen uitgesteld en bereidheid gehad het werkkapitaal uit te breiden.

Besluitvorming omtrent financiële problemen

De bestuurder van de onderneming wilde voordat de bank aan de deur zou staan, zijn zaken op orde en geïnventariseerd hebben. Er moest een plan van aanpak komen. “Winnaars hebben een plan, verliezers hebben een excuus”, aldus de bestuurder. Hij heeft binnen zijn netwerk gezocht naar een adviseur met ervaring in het herstructureren van ondernemingen. “Waar het eigenlijk om gaat in zo’n situatie, is dat je heel snel reageert en echt de juiste mensen aan tafel

krijgt". Met de adviseur heeft de bestuurder binnen drie dagen een plan opgesteld. Daarbij hielden zij rekening met het perspectief van de bank.
Het plan bestond samengevat uit de volgende kernpunten: het vastgoed verkopen, de organisatieprocessen reorganiseren, het bedrijf kleiner maken, het personeelsbestand afslanken, een nieuwe locatie zoeken waar alle activiteiten onder een dak kunnen plaatsvinden en het afstoten van alle activiteiten die niet core business zijn. Een deel van het werk is uitbesteed via een samenwerkingsverband met een sociale werkplaats.
De bestuurder heeft ook naar de inkomstenkant gekeken en nieuwe afzetmarkten verkend. Daarnaast heeft de bestuurder gekeken of het mogelijk was om nieuwe markten aan te boren.
In financiële zin vormde het vastgoed het grootste probleem. De bank heeft ten aanzien van de afwikkeling van het vastgoed ruimte gegeven aan de bestuurder. Wel werd over de diverse opties goed contact onderhouden tussen beide partijen.
Van het personeel waren maar enkele personen op de hoogte van de situatie. Alleen een aantal direct betrokkenen, zoals de boekhouder en de productiemanager, waren op de hoogte van de financiële problemen en de plannen die werden gemaakt. Deze personen bezaten kennis die cruciaal was.
Voor ongeveer 30 man is een ontslagvergunning aangevraagd bij het UWV. Bij de selectie van deze werknemers is het afspiegelingsbeginsel toegepast. De ontslagprocedure is via het UWV gelopen.
Er is geen ontslagvergoeding betaald aan de ontslagen werknemers. Er is ook geen sociaal plan met de bonden opgesteld, er zijn daar geen onderhandelingen over geweest. De vakorganisaties hebben wel individuele werknemers begeleid, maar zijn geen procedures begonnen. De werknemers zijn bij de uiteindelijke aanzegging tot ontslag op de hoogte gesteld van de financiële moeilijkheden en zijn niet tegen hun ontslag opgekomen.

Consequenties voor de onderneming en de betrokken stakeholders, in het bijzonder de werknemers

De onderneming heeft het aantal personeelsleden teruggebracht van 60 naar 30. Daarbij is een onderscheid gemaakt tussen een "kernteam" en een "flexteam". De personeelsleden die onderdeel zijn van het kernteam bezitten cruciale kennis voor de onderneming. Het flexteam staat daar omheen en maakt het mogelijk mee te kunnen ademen met de ontwikkelingen in de omzet. De onderneming is verhuisd en met alle activiteiten op één locatie gecentraliseerd. De herstructurering is in 2009 afgerond. Men schrijft weer zwarte cijfers.

CASE 12

Selectiecriteria:

Omvang:	Middelgroot
Sector:	Industrie
Afwikkelingswijze:	Informele reorganisatie

De aard en omvang van de onderneming

De onderneming, van origine een familiebedrijf, heeft diverse activiteiten op het gebied van de papierverwerkende industrie. De onderneming beweegt zich op haar aandachtsgebieden in segmenten met een hogere toegevoegde waarde en heeft vestigingen in Nederland en in het buitenland.
Een jaar of tien geleden verschafte de onderneming in Nederland nog werk aan meer dan 400 werknemers. Dat aantal is de laatste jaren via reorganisaties teruggelopen tot ongeveer de helft.
De onderneming werd door een bank gefinancierd.
Er is een ondernemingsraad ingesteld.

De aard en oorzaak van de financiële problemen van de onderneming

Het personeel kreeg goed betaald. Bovendien werd er in ploegendiensten gewerkt. De loonkosten vormden een substantiële kostenpost. De materiaalkosten waren een andere grote kostenpost.
In de laatste acht jaar heeft de onderneming moeilijke economische omstandigheden doorgemaakt. Zij is uiteindelijk ook in een verliessituatie geraakt. Deze operationele verliezen werden substantieel en bedroegen na verloop van tijd jaarlijks ettelijke miljoenen euro. De onderneming kreeg te maken met een terugloop in de orders en met dalende prijzen zonder dat de onderneming in staat was haar kostenstructuur via kostenbesparende maatregelen en efficiency slagen in voldoende mate neerwaarts bij te stellen. De verliezen hebben het eigen vermogen van de onderneming uitgehold.

Besluitvorming omtrent financiële moeilijkheden

Een jaar of vijf geleden werd duidelijk dat de kostenstructuur niet meer in verhouding stond tot de omzet. Er heeft toen een sanering plaats gevonden waarbij ook personeel moest afvloeien. De reorganisatie kostte tientallen arbeidsplaatsen en liep via het UWV. Het ontslagtraject vond plaats met betrokkenheid van de ondernemingsraad en de vakbonden en geschiedde met inachtneming van het afspiegelingsbeginsel. Het UWV heeft toestemmingen verleend. De onderneming had met de vakbonden een sociaal plan afgesloten dat onder andere voorzag in de begeleiding naar ander werk.

De aandeelhouders en de financierende bank hebben in de periode daarna geen overeenstemming kunnen bereiken over de inbreng van nieuw risicodragend kapitaal. De bank was evenmin bereid de uitstaande leningen nog verder te verhogen. De onderneming raakte in liquiditeitsproblemen.
Er is in deze fase overleg gevoerd tussen de diverse betrokken partijen. In dit kader heeft intensief overleg met de ondernemingsraad en de vakbonden plaatsgevonden. Ook het personeel zelf werd geïnformeerd over de financiële moeilijkheden. Een faillissement is overwogen, maar dat wilden de stakeholders gelet op de maatschappelijke belangen, waaronder het belang van de werkgelegenheid, voorkomen. Daarbij speelde voorts een rol dat de bank vertrouwen had behouden in het zittende management van de onderneming dat had ingegrepen en de relevante partijen bijeen had weten te krijgen. Er is een nieuwe investeerder gezocht en gevonden, de onderneming is door een financiële herstructurering gegaan, er heeft een reorganisatie plaats gevonden waarbij los van een eigen bijdrage van het personeel, slechts geldend voor die personen die niet later alsnog zouden afvloeien, enige tientallen werknemers het bedrijf verlieten.

Consequenties voor de onderneming en de betrokken stakeholders, in het bijzonder de werknemers

De onderneming heeft aldus gereorganiseerd. Het personeelsbestand is sterk teruggelopen. De bedrijfsprocessen zijn onder handen genomen. De onderneming staat er een stuk beter voor. De marktomstandigheden blijven evenwel uitdagend. De onderneming blijft derhalve op zoek naar kansen om haar marktpositie verder te verbeteren.

CASE 13

Selectiecriteria:

Omvang:	Klein
Sector:	Bouw
Afwikkelingswijze:	Faillissement en doorstart, waarna weer faillissement

De aard en omvang van de onderneming

De onderneming richtte zich met haar activiteiten op de bouwsector. Het bouwbedrijf is vele jaren een familiebedrijf geweest. Na de eeuwwisseling heeft de familie op zeker moment de activiteiten verkocht aan een gegadigde. De gekochte activiteiten zijn ingebracht in een vennootschap van de koper. De koper nam daarbij alle werknemers over. Deze personeelsleden waren allemaal reeds lange tijd in dienst van het bouwbedrijf. De koper sloot met de vervreemder lease- en huurovereenkomsten ten aanzien van het wagenpark en de bedrijfsruimte. Hoewel de crisis ten tijde van de overname reeds was uitgebarsten, meende de koper dat de markt weer zou aantrekken.
De onderneming verrichte bouw- en aannemingswerkzaamheden, waaronder de renovatie, verbouw en nieuwbouw in de particuliere- en zakelijke markt. Ook verrichtte de onderneming werkzaamheden in projecten op het gebied van de woning- en utiliteitsbouw.

De aard en oorzaak van de financiële problemen van de onderneming

De economische crisis veroorzaakte een langdurige malaise in de bouwsector. De vraag viel vrijwel stil, hetgeen ingrijpende consequenties had voor de onderneming. De vaste lasten van de onderneming bleven gelijk en werden in verhouding tot de inkomsten veel te hoog. De grootste kostenpost betrof het personeelsbestand. Een deel van het personeel had feitelijk geen werk te doen. Bovendien was het personeelsbestand relatief oud en duur. Ook de huisvestingskosten drukten sterk op het resultaat.

Besluitvorming omtrent financiële moeilijkheden

De onderneming heeft gepoogd de kostenstructuur aan te passen aan de gewijzigde inkomstenstroom. In 2012 heeft de onderneming een zestal ontslagvergunningen wegens bedrijfseconomische gronden aangevraagd bij het UWV. Omdat de vraaguitval onvoldoende zou zijn aangetoond werden de ontslagvergunningen geweigerd. Ook is gepoogd de bedragen die aan huur voor de bedrijfsruimte en leasetermijnen van het wagenpark werden betaald naar beneden bij te stellen. Dat is niet gelukt. De verhuurder (de vroegere aandeelhouder van de onderneming) was niet bereid de huurprijzen te verlagen. Als gevolg van het uitblijven van orders en de hoge kostenstructuur bedroeg de schuldenlast meer dan 5 ton. Toen de

onderneming de salarissen niet meer kon betalen, heeft zij het faillissement aangevraagd. Het faillissement is in 2013 uitgesproken.
Na het uitspreken van het faillissement meldde de eigenaar, bijgestaan door een advocaat, zich bij de curator en gaf te kennen dat hij graag in afgeslankte vorm verder wilde met het bouwbedrijf. Hij had een particuliere investeerder gevonden en kon op die manier een doorstart financieren. Hij verwachtte met zijn contacten en de goede naam van het bouwbedrijf in de regio in de toekomst bij een aantrekkende economie weer winst te kunnen maken. Hoewel de curator zijn bedenkingen had bij deze verwachting, was hij bereid mee te werken aan de doorstart omdat dat in het belang van de boedel was.
De curator heeft na verkregen machtiging van de rechter-commissaris de activa en de activiteiten verkocht aan een nieuw opgerichte vennootschap waarbij de vorige eigenaar betrokken was. Laatstgenoemde kocht de inventaris en de voorraad uit de failliete boedel. Daarnaast betaalde hij een bedrag voor goodwill en één lopend project.

Consequenties voor de onderneming en de betrokken stakeholders, in het bijzonder de werknemers

Daags na de faillietverklaring heeft de curator – na verkregen machtiging van de rechter-commissaris – alle personeelsleden ontslagen. Kort na het uitspreken van het faillissement is het personeel geïnformeerd tijdens een personeelsbijeenkomst, waarop onder begeleiding van CNV- en UWV-medewerkers de formulieren voor de loongarantieregeling zijn ingevuld.
Iets minder dan de helft van de werknemers van gefailleerde is in dienst getreden bij de nieuwe vennootschap. De curator heeft in de koopovereenkomst een verplichting voor de koper bedongen ten aanzien van het personeel: de koper verplichtte zich zes werknemers een halfjaarcontract aan te bieden onder gelijke arbeidsvoorwaarden als zij hadden bij de gefailleerde. De curator heeft geen invloed uitgeoefend op de selectie van het personeel. De koper heeft zelf gekozen met welke personeelsleden hij door wilde gaan. Over de selectiecriteria is geen contact geweest met de curator, vakbonden of personeelsvereniging.
De doorstart is niet geslaagd. Nog binnen het jaar is de verkrijger op eigen aangifte failliet verklaard. De bedrijfsactiviteiten waren stil komen te liggen: de markt trok onvoldoende aan en de onderneming kampte met ziekteverzuim. De voorraad en bedrijfsinventaris van de vennootschap zijn geveild en alle werknemers zijn door de curator ontslagen.

CASE 14

Selectiecriteria:

Omvang:	Groot
Sector:	Industrie
Afwikkelingswijze:	Faillissement met pre-pack

De aard en omvang van de onderneming

De onderneming is van origine een familiebedrijf. Rond de eeuwwisseling is de onderneming in handen van een groep investeerders gekomen. Dit heeft geleid tot een verhoging van de schuldenlast.
De onderneming beweegt zich met haar activiteiten op het terrein van de voedingsmiddelen sector. De onderneming is uitgegroeid tot een internationale speler met een jaarlijkse omzet van ruim boven de 200 miljoen. In Nederland heeft de onderneming meer dan 250 werknemers in dienst. Er zijn ook buiten Nederland een aantal vestigingen.
Het personeelsbestand in Nederland bestond veelal uit vaste dienstverbanden. Daaronder bevinden zich relatief veel langere dienstverbanden. De leeftijdsopbouw is hiermee in lijn. De onderneming kent voorts een flexibele schil welke inspeelt op het deel der activiteiten dat een zekere seizoensgebondenheid kent.
De arbeidsvoorwaarden lagen boven het marktniveau, onder meer als gevolg van bestaande afspraken over de betaling van toeslagen. Het arbeidsvoorwaardenpakket is tot stand gekomen in samenspraak met de vakbond.
De onderneming kende een actieve ondernemingsraad. De verhoudingen tussen management en ondernemingsraad en tussen de betrokken vakbonden en de ondernemingsraad waren goed. Zowel de ondernemingsraad als de vakbond werden voorafgaand aan het pre-packtraject, maar niet tijdens dit traject, op de hoogte gehouden van ontwikkelingen binnen de onderneming en kregen de kans daarin hun rol te pakken, aldus een vakbondsbestuurder.

De aard en oorzaak van de financiële problemen van de onderneming

Als gevolg van de economische crisis belandde de onderneming in moeilijkheden. Men kreeg te maken met vraaguitval en negatieve prijsontwikkelingen en raakte in een verliessituatie. Dit maakte een herfinanciering van de uitstaande schulden noodzakelijk. Deze herfinanciering vond plaats met steun van een bankenconsortium. De schuld aan het consortium werd daardoor gereduceerd tot ruim 100 miljoen. Ook nadien bleef de onderneming verliezen maken. Het werd duidelijk dat drastischer maatregelen nodig waren. De onderneming had een sterke behoefte aan uitbreiding van het werkkapitaal om de prijsschommelingen in de markt op te kunnen vangen. De onderneming stelde een kostenreductieplan op en nam dit in uitvoering. Voor wat betreft het personeel betrof het de wens om te komen tot een versobering van het toeslagenbeleid. De onderneming heeft daarover met de vakbonden onderhandeld. Vervolgens werd de onderneming vrij plotseling

geconfronteerd met het faillissement van een leverancier en het evenmin voorzien verlies van een gerechtelijke procedure. Hierdoor ontstonden in een toch al lastige situatie liquiditeitsproblemen. Het management is in overleg met de banken getreden. De banken verzochten de onderneming scenario´s te vinden om deze problematiek aan te pakken.

Besluitvorming omtrent financiële moeilijkheden

Het eerste scenario omvatte een aanvullende financiering. Tot verdere financiering waren de banken evenwel niet bereid. De onderneming zou in de visie van de banken deze aanvullende schuld, bovenop de reeds bestaande schuldenlast, niet kunnen dragen.
Het tweede scenario was een pre-pack. Dit doorstartscenario kwam op tafel toen verkoop buiten faillissement niet haalbaar bleek en ging uit van de gedachte dat een toekomstige exploitatie alleen mogelijk was na een forse sanering. Het management heeft de banken kunnen overtuigen van het nut van een doorstart. De voorkeur van het management ging mede met het oog op het behoud van werkgelegenheid uit naar een (niet gelieerde) strategische partij.
Het verzoek tot aanstelling van een beoogd curator is ingediend en verleend, nadat duidelijk was geworden met welke partij tot zaken kon worden gekomen. Na onderhandelingen met de beoogde doorstarter over onder meer de omvang van het over te nemen personeelsbestand en de door deze partij aan te bieden marktconforme arbeidsvoorwaarden is na het uitspreken van het faillissement de doorstart beklonken.
De selectie van de bij de doorstart betrokken werknemers geschiedde door de doorstarter. Eerst kregen werknemers op sleutelposities een aanbod, vervolgens is geselecteerd op het goedkoopste en meest productieve personeel.
De vakbondsbestuurder geeft overigens aan dat de arbeidsvoorwaarden bij de onderneming marktconform waren en dat de voorwaarden die de doorstartende partij bood daar onder lagen. Een bezwaar van de vakbondsbestuurder bij de gang van zaken is dat het afspiegelingsbeginsel niet is gehanteerd en bovendien ook dat de arbeidsvoorwaarden niet integraal zijn overgenomen.
De vakbond en de ondernemingsraad zijn geïnformeerd nadat het faillissement was uitgesproken. De vakbond en de ondernemingsraad hebben geen inspraakmogelijkheid gehad. Tijdens een werknemersbijeenkomst later op de dag van het faillissement werden de werknemers geïnformeerd over het faillissement en de mogelijke doorstart.

Consequenties voor de onderneming en de betrokken stakeholders, in het bijzonder de werknemers

De doorstartende partij heeft ongeveer 75% van de werknemers een aanbod tot indiensttreding gedaan. Het overgrote deel van het betrokken personeel heeft dit aanbod aanvaard. Het nieuwe pakket arbeidsvoorwaarden is sterk versoberd, vooral in de sfeer van de toeslagen.
Het eerste jaar na de pre-pack presteerde de onderneming goed (zwarte cijfers), conform het opgestelde businessplan.

CASE 15

Selectiecriteria:

Omvang: Middelgroot
Sector: Dienstverlening
Afwikkelingswijze: Faillissement en doorstart

De aard en omvang van de onderneming

De onderneming verleende diensten aan de consument op het gebied van de lichaamsverzorging. Dit geschiedde via diverse in aantal door de jaren heen toenemende filialen. Oorspronkelijk ging het om een eenmanszaak. De activiteiten zijn door de jaren heen uitgebreid. Daarnaast exploiteerde de onderneming een groothandel in benodigdheden ten behoeve van de eerder bedoelde activiteiten.
Aan het begin van deze eeuw werd overgegaan op een holdingstructuur. De (voormalige) eigenaar behield alle aandelen in en was enig bestuurder van de holding. De holding hield op haar beurt alle aandelen in en was enig bestuurder van de werkmaatschappijen.
Op het hoogtepunt in 2005 waren er ongeveer 300 personeelsleden in dienst. In 2008 is een achttal filialen verkocht. Het personeel dat in die filialen werkte, is door de kopende partijen overgenomen. In 2013 waren er nog 180 werknemers in dienst. Een deel werkte parttime. In totaal bedroeg de personele bezetting ongeveer 125 fte. Er was geen ondernemingsraad.

De groothandel was op dezelfde plaats gevestigd als het hoofdkantoor. Vanuit deze groothandel werden de filialen bevoorraad. De onderneming had bankfinanciering. De kredietfaciliteit betrof enige tonnen. Daarnaast had de belangrijkste leverancier een leverancierskrediet verstrekt waarvan het plafond hoger lag dan dat van de bank. Tot zekerheid van de terugbetaling van dit leverancierskrediet was een hypotheekrecht gevestigd op de privéwoning van de eigenaar van de onderneming. Bovendien stond hij privé borg voor de terugbetaling van dit krediet. Het hoofdkantoor, de groothandelsruimte en de filialen werden gehuurd van verschillende verhuurders.

De aard en oorzaak van de financiële problemen van de onderneming

Vanaf 2009 ging het bergafwaarts. De omzet liep terug door de economische crisis en de opkomst van concurrenten. Ook waren er problemen met het thema ziekteverzuim. Bovendien bleek een gedeelte van de personeelsleden niet flexibel in te plannen. De onderneming wilde graag dat er op dagen dat er minder werk was, ook minder mensen in het filiaal zouden staan. Veel personeelsleden bleken zich niet in een positie te bevinden om mee te bewegen.
De teruglopende omzet leidde tot toenemende verliezen, omdat de huisvestings- en loonkosten op een gelijk niveau bleven. De personeelslasten waren relatief hoog. Ook de huurlasten waren hoog: de huurprijzen waren overeengekomen in economisch betere tijden.

Enkele filialen maakten grote verliezen. Vanaf 2010 maakte de keten verlies. Geconsolideerd ging het om enige tonnen.

Besluitvorming omtrent financiële moeilijkheden

Toen in de loop van 2013 duidelijk werd dat de keten afstevende op een nog groter verlies dan in het jaar daarvoor, is de onderneming professionele bijstand gaan zoeken. De locale ondernemersdesk heeft een quick scan uitgevoerd en constateerde dat het aanvragen van het faillissement de enige optie was. Een faillissement met doorstart was echter het laatste dat de ondernemer wilde uit zorg over de reputatieschade die gemoeid zou zijn met een faillissement. Bovendien vreesde de ondernemer de grip op de onderneming kwijt te raken en dat een concurrent de voorkeur zou krijgen. Ook speelde mee dat de onderneming zijn pensioen was.
De ondernemer heeft daarom gezocht naar alternatieve manieren om de kostenstructuur van het bedrijf te wijzigen. Er heeft overleg met het UWV en arbeidsrechtadvocaten plaatsgevonden. Dit overleg resulteerde in de conclusie dat het saneren van het personeelsbestand dusdanig veel geld zou kosten dat deze kosten uit de toekomstige bedrijfsvoering niet terug te verdienen zouden zijn. Er was geen partij bereid deze kosten te financieren. Bovendien bleek dat een informele reorganisatie ertoe zou leiden dat met name het oudere en duurdere personeel in dienst zou blijven. Als gevolg van het afspiegelings-beginsel zou er geen structurele verlaging van de personeelslasten tot stand kunnen komen.
Toen bleek dat een sanering van het personeelsbestand via het UWV niet haalbaar was, heeft de ondernemer gepoogd te saneren door enkele filialen te sluiten. Dit bleek lastig, omdat voor alle filialen langlopende huurcontracten waren gesloten. Bovendien was de poging vaststellingsovereenkomsten te sluiten met enkele werknemers vruchteloos. Een sanering zou slechts stapsgewijs en heel geleidelijk kunnen worden doorgevoerd. Deze operatie zou jaren in beslag nemen. Daar was – gezien de financiële situatie – geen tijd voor. Het werd duidelijk dat er nog maar één scenario openstond: een faillissement. De onderneming heeft de eigen aangifte voorbereid en zich bezonnen op een mogelijke doorstart van een gedeelte van de activiteiten. Een paar jaar terug zijn de vennootschappen aldus op eigen verzoek in staat van faillissement verklaard.
In de eerste fase na de faillietverklaring heeft de curator maatregelen getroffen om een eventuele doorstart te kunnen realiseren. Het was voor de continuïteit van de onderneming van groot belang dat de filialen open zouden blijven. Op de dag van faillietverklaring sprak de curator met de ondernemer, zijn financiële man en de bedrijfsadviseur. De ondernemer bracht een bod uit. Hij werd daarbij gesteund door de bank en de leverancier die krediet had verstrekt. Deze steun was essentieel. De curator gaf aan dat er een marktproces plaats zou moeten vinden: met de partij die het beste bod uit zou brengen, zou een doorstart bewerkstelligd worden. In de beoordeling van de biedingen speelde het werkgelegenheids-aspect voor de curator een belangrijke rol.
De curator heeft een biedingsproces opgetuigd. De activa (inventaris en voorraad) en de immateriële activa zijn getaxeerd. De curator stelde een verkoopmemorandum op waarin partijen werden uitgenodigd een bod uit te brengen. In het verkoopmemorandum werd gevraagd bij de bieding aan te geven wat men zou willen overnemen en hoeveel personeelsleden een arbeidsovereenkomst zou worden aangeboden. Diverse geïnteresseerde

partijen meldden zich bij de curator. Sommige partijen hadden interesse in een enkele vestiging, andere partijen wilden een groot aantal filialen overnemen. De curator wilde een zo breed mogelijke doorstart verwezenlijken. De bieders die slechts op één of enkele filialen een bod uitbrachten, vielen daardoor af. Er zijn drie biedingen op een substantieel deel van de activiteiten uitgebracht. Eén partij gaf aan 100 personeelsleden in dienst te willen nemen. Een tweede partij bood een hogere prijs, maar gaf daarbij niet aan hoeveel personeelsleden bij de doorstartende partij aan de slag zouden kunnen. De vorige eigenaar bood het hoogste bedrag en zou aan 140 personeelsleden een nieuwe arbeidsovereenkomst aanbieden. Hij had daarmee in de ogen van de curator het beste bod uitgebracht. De gerealiseerde opbrengst lag hoger dan de taxatiewaarde, er is een substantieel bedrag voor goodwill betaald én de vorige eigenaar had het personeel het meeste te bieden. De doorstart door de vorige eigenaar is met toestemming van de rechter-commissaris geëffectueerd.

Consequenties voor de onderneming en de betrokken stakeholders, in het bijzonder de werknemers

Met toestemming van de rechter-commissaris heeft de curator na het uitspreken van het faillissement alle arbeidsovereenkomsten opgezegd. Het voltallige personeel is geïnformeerd over de gevolgen van het faillissement en de mogelijke doorstart. Bij die bijeenkomst waren UWV-medewerkers aanwezig. Er is informeel contact geweest met de vakbond.
Zesentwintig van de dertig vestigingen zijn overgenomen door de doorstartende partij. De bank heeft het krediet doorgerold naar de nieuwe vennootschap. Bovendien had de koper enige investeerders bereid gevonden mee te financieren. Ook de schuld aan de belangrijkste leverancier is doorgerold naar de nieuwe vennootschap. Met de verhuurders zijn nieuwe huurcontracten gesloten. De verhuurders hebben vrijwel allemaal met een lagere huur ingestemd. Gezien de economische crisis waren zij blij dat zij een huurder in hun pand konden behouden.
De curator heeft in de overnameovereenkomst bedongen dat de doorstartende partij 140 personeelsleden in vaste dienst zou nemen, hetgeen ook is geschied. Daarnaast bevatte de overnameovereenkomst een inspanningsverplichting om aan 15 mensen een werkplek in een door een ander over te nemen filiaal te bezorgen. Als gevolg daarvan hebben 155 van de 180 personeelsleden werk gehouden. De selectie van het personeel is aan de doorstartende partij gelaten. De doorstarter heeft kritisch gekeken naar het personeelsbestand. Hij heeft gezocht naar een nieuwe samenstelling waarbij tegen zo laag mogelijke kosten kon worden geëxploiteerd. Er is niet louter op leeftijd geselecteerd: in de filialen waren ervaren krachten onontbeerlijk.
De gesaneerde activiteiten renderen inmiddels weer goed. Er worden positieve cijfers over 2015 verwacht.

CASE 16

Selectiecriteria:

Omvang:	Groot
Sector:	Retail
Afwikkelingswijze:	Pre-pack met zeer beperkte doorstart

De aard en omvang van de onderneming

De onderneming beweegt zich met haar activiteiten op het gebied van de retail. Aanvankelijk maakte de onderneming deel uit van een concern, maar enkele jaren geleden is de onderneming verzelfstandigd. De onderneming verkoopt aan de consument en doet dit in fysieke zin vanuit een door de onderneming beheerd distributiecentrum.
De onderneming werd door verschillende banken gefinancierd. De financiering betrof zowel het vormgeven aan afbetalingsovereenkomsten met de consument als een werkkapitaal-faciliteit en vastgoedfinanciering.
De onderneming had ruim 200 werknemers in vaste dienst. Er was een ondernemingsraad.

De aard en oorzaak van de financiële problemen van de onderneming

De (omzet van de) onderneming is geraakt door de crisis. Bovendien verloor de onderneming marktaandeel. Sinds 2010 daalde de jaarlijkse omzet van de onderneming gestaag tot uiteindelijk een omzetniveau dat onder de honderd miljoen lag. Daar komt bij dat na het uitbreken van de financiële crisis het debiteurenrisico van de onderneming toenam. De onderneming raakte structureel in een verliessituatie.
De inkoopkosten waren de grootste kostenpost. Ook de personeelslasten waren een forse kostenpost.
Plannen om door een gewijzigde benutting van de distributiecapaciteit het tij te keren kwamen niet of onvoldoende van de grond. Het is niet gelukt de verliesgevende situatie om te zetten in een winstgevende.

Besluitvorming omtrent financiële moeilijkheden

Aansluitend op de verzelfstandiging heeft er een reorganisatie plaatsgevonden. Er zijn in deze reorganisatie ruim meer dan 100 werknemers ontslagen. Een paar jaar later volgde een tweede ronde met nog eens ruim 50 ontslaggevallen. De ondernemingsraad heeft advies uitgebracht over deze reorganisatie. Er was een sociaal plan. De ontslagvergoeding werd vastgesteld aan de hand van de suppletiemethode. De vakbond heeft de totstandkoming van dit sociaal plan gevolgd.
De bank heeft in die fase aangegeven niet bereid te zijn additionele financiering te verschaffen. Zij stelde zich op het standpunt dat er risicodragend kapitaal bij moest. De

onderneming is daarop op zoek gegaan naar nieuwe investeerders. Deze actie heeft niet tijdig resultaat opgeleverd.
De omzet bleef teruglopen en de verliezen namen toe. Op zeker moment is het bankkrediet toch enigszins verruimd, omdat de onderneming niet aan het aflossingsschema kon voldoen. Toen dit een tweede keer gebeurde, bleek de bank niet bereid verder te financieren. Een herfinanciering werd niet gevonden.
Toen duidelijk werd dat de onderneming de salarissen niet meer zou kunnen betalen, is het bestuur ertoe over gegaan bij de rechtbank om een benoeming van een beoogd curator en beoogd rechter-commissaris aan te vragen. Men zag mogelijkheden voor een beperkte doorstart. Dit verzoek is toegewezen. In het verzoekschrift is aangegeven dat een pre-pack in het belang van het behouden van de werkgelegenheid was. Het bestuur had aangegeven interesse te hebben in een gedeeltelijke doorstart. Het was van groot belang dat een doorstart zo geruisloos mogelijk verliep om te voorkomen dat de activiteiten tijdelijk stil zouden komen te liggen en klanten zouden afhaken.
De beoogd curator heeft in korte tijd zoveel mogelijk informatie proberen te vergaren over de onderneming, de activa en een mogelijke doorstart. Gelet op de eerdere vergeefse zoektocht naar investeerders was snel duidelijk dat in de markt geen belangstelling bestond de onderneming in afgeslankte versie voort te zetten. De beoogd curator heeft gedurende de stille bewindvoering gesprekken gevoerd met de aandeelhouder, het managementteam en enkele andere sleutelfiguren binnen de organisatie. De OR wist van het feit dat onderhandeld werd met de banken om een deel van de onderneming te redden en zag dat er weinig alternatieven waren.
Korte tijd later is het faillissement uitgesproken. Ook nadat het faillissement openbaar werd gemaakt, hebben zich geen geïnteresseerde kopers voor een substantieel deel van de onderneming bij de curator gemeld. Een doorstart op grote schaal was daarmee definitief geen mogelijkheid. Op de dag van het faillissement kon een zeer beperkte doorstart geëffectueerd worden: de onroerende zaken, de voorraad en de debiteurenportefeuille werden verkocht. De doorstarter was een gelieerde partij. Er zijn met het oog daarop diverse waarderingsrapporten opgesteld. Ook is er met sleutelpersoneel gesproken om te onderzoeken of de geboden prijs reëel was. De curator spreekt van een "gecontroleerde liquidatie", waarbij de waardevolle activa van de onderneming zijn verkocht aan de doorstarter. De overige activa zijn geliquideerd.

Consequenties voor de onderneming en de betrokken stakeholders, in het bijzonder de werknemers

Op de dag dat het faillissement is uitgesproken is een personeelsbijeeenkomst georganiseerd. Ook heeft de curator contact gezocht met de ondernemingsraad en de vakbonden en hen op de hoogte gebracht van de stand van zaken. Ook is gesproken met de lokale autoriteiten. Bij de ondernemingsraad bestond veel achterdocht richting de aandeelhouders: het beeld was dat zij verder gingen met een deel van de activiteiten en het overgrote deel van het personeel lieten stikken. De curator heeft gepoogd inzichtelijk te maken dat deze doorstart de enige mogelijkheid was. De ondernemingsraad en de vakbond hebben zich daar uiteindelijk in geschikt en zich gericht op de zorg voor de ontslagen personeelsleden.

Daags na faillietverklaring heeft de curator met machtiging van de rechter-commissaris alle arbeidsovereenkomsten opgezegd. Bij het UWV is melding gemaakt van het collectieve ontslag. Het UWV heeft zorggedragen voor een collectieve intake.
Slechts een gering deel van de werknemers heeft bij de doorstartende partij hun baan behouden. Het is onbekend of de nieuwe werkgever gelijke arbeidsvoorwaarden heeft gehanteerd. De selectie van die werknemers is gebaseerd op de benodigde kennis in de nieuwe organisatie.

CASE 17

Selectiecriteria:

Omvang:	Middelgroot
Sector:	Industrie
Afwikkelingswijze:	Surseance van betaling

De aard en omvang van de onderneming

De onderneming ontplooide haar activiteiten in de industriële sector. Zij was actief op het terrein van de elektrotechniek en installatietechniek. In totaal waren indertijd bij de betrokken werkmaatschappijen tussen de 40 en 100 werknemers werkzaam. De werknemers waren de belangrijkste productiefactor voor de onderneming, de activiteiten waren arbeidsintensief. Mensen met een installatietechnische achtergrond waren relatief schaars en derhalve gewild.
De onderneming had bankfinanciering.
Binnen de onderneming was geen ondernemingsraad ingesteld. De instellingsgrens voor de verschillende werkmaatschappijen werd niet overschreden. Bij deze casus zijn geen vakbonden betrokken.

De aard en oorzaak van de financiële problemen van de onderneming

Bij de onderneming speelden verschillen van inzicht over beleidsaangelegenheden en botsende karakters tussen de twee hoogste leidinggevenden. Dit maakte dat binnen de onderneming twee kampen ontstonden. Veel managementtijd ging hiermee verloren en er ontstond een situatie waarin te weinig tijd en ruimte werd genomen voor het gericht benaderen van de markt. De onderneming raakte in een verliessituatie. Ten tijde van de start van de surseance bedroeg de schuld aan de bank enkele tonnen.

Besluitvorming omtrent financiële moeilijkheden

De aandeelhouder (een DGA), één van de beide betrokken leidinggevenden, heeft in overleg met de accountant besloten surseance van betaling aan te vragen. De surseance is door de rechtbank voorlopig verleend. De bank was tevoren daarvan niet op de hoogte gebracht.
De aangestelde bewindvoerder was van mening dat de problematiek vooral was terug te voeren op hetgeen zojuist is verwoord. In zijn visie was het bedrijf in wezen nog levensvatbaar. De orderportefeuille was behoorlijk gevuld. Het was zaak om tot een spoedige verkoop van de activiteiten te komen en de werknemers intussen gemotiveerd te houden de werkzaamheden te blijven verrichten. De bewindvoerder is met het UWV en de bank in gesprek gegaan over een constructie waarbij de activiteiten werden voortgezet en de loonbetaling aan de werknemers konden worden gecontinueerd. De bank heeft medewerking verleend omdat men zag dat er mede in het licht van het door de ontwikkelingen overvallen

zijn, aanleiding was de aanpak een kans te geven. Het UWV was bereid mee te werken omdat men zag dat de voorgestelde aanpak een positief effect kon hebben in de zin dat hierdoor zou worden voorkomen dat (een deel van de) werknemers in de WW terecht kwamen. De constructie voorzag er in dat de orderportefeuille bewaard bleef en de noodzakelijke inzet van het personeel werd behouden. De constructie was aldus dat de bank een bedrag ter hoogte van 50% van het reguliere netto maandloon (voor zover niet boven het maximum dagloon) overmaakte naar de werknemers; het UWV merkte deze betaling aan als voorschot op de door het UWV te betalen uitkering uit hoofde van de Loongarantieregeling. De voorschotbetaling maakte het UWV uiterlijk zes weken later over op de bij de bank aangehouden bankrekening van de onderneming.
Om de onderneming draaiende te houden tijdens de periode waarin de bewindvoerder op zoek was naar geschikte overnamekandidaten, was werkkapitaal nodig. De bank verstrekte een voorschot en aanvaardde de afspraak dat de bewindvoerder 50% van de geïnde debiteuren kon herinvesteren in het bedrijf. Dit bood de ruimte om met verschillende overnamekandidaten contact te zoeken. De bewindvoerder heeft met meer dan tien partijen over een overname gesproken. Uiteindelijk is een partij bereid gebleken de onderneming door middel van een aandelentransactie over te nemen. Een van de motieven om te kiezen voor een aandelentransactie hield verband met de toerekening van compensabele verliezen. De transactie vond plaats voor het symbolische bedrag van € 1,-. Daarnaast loste de overnemende partij de bankschuld van de onderneming af. Het lukte aldus de onderneming te behoeden voor de negatieve publiciteit van een faillissement in een situatie waarin dit aanzienlijk waardeverlies had betekend en ook slecht zou zijn geweest voor de werkgelegenheid van het deel van het personeel dat anders minder makkelijk weer aan de slag had kunnen komen. Een en ander vond plaats in de periode die voorafging aan de economische crisis die ontstond aan het einde van het eerste decennium.

Consequenties voor de onderneming en de betrokken stakeholders, in het bijzonder de werknemers

Na de transactie is de onderneming geïntegreerd in de onderneming van de kopende partij. Hierbij hebben nauwelijks personele veranderingen plaatsgevonden. Nagenoeg alle medewerkers bleven in dienst bij de vennootschap waarvan de aandelen in andere handen waren overgegaan. De vorige eigenaar bleef verhuurder van de bedrijfspanden van de verkochte onderneming.

CASE 18

Selectiecriteria:

Omvang:	Groot
Sector:	Retail (product)
Afwikkelingswijze:	Pre-pack, later nogmaals failliet

De aard en omvang van de onderneming

De onderneming is in de vorige eeuw opgericht en exploiteerde een winkelketen. De onderneming behoorde ten tijde van het faillissement toe aan een groep investeerders.
De onderneming had ruim 80 vestigingen in Nederland, waar in totaal ruim meer dan 800 werknemers werkzaam waren. Het personeelsbestand was gevarieerd qua arbeidscontract. Per vestiging kon men inspelen op pieken en dalen met naast vaste contracten ook diverse flexibele contracten. De flexibele schil bestreek 35-40% van het personeelsbestand. Veel werknemers waren onder de 25 jaar. Er was een ondernemingsraad.
De grootste kostenposten van de onderneming waren de voorfinanciering van voorraden, de huurlasten en de personeelskosten. De omzetten lagen onder de honderd miljoen.

De aard en oorzaak van de financiële problemen van de onderneming

De onderneming heeft de laatste tien jaar te maken gekregen met een oplopende concurrentie en een teruglopende omzet ten gevolge van de economische crisis en veranderingen in het koopgedrag van de consument. Door een combinatie van factoren ontstond bij de onderneming een verliessituatie en uiteindelijk ook een liquiditeitsprobleem.

Besluitvorming omtrent financiële moeilijkheden

Toen duidelijk werd dat de onderneming op een liquiditeitstekort afkoerste, hebben de aandeelhouders om het tij te keren, bijgestort. Er zijn vervolgens stappen gezet in het verbeteren van de uitstraling van de winkels. Ook is een extra slag gemaakt in het verkopen van voorraden om aldus de kosten van het voorraadbeheer terug te brengen. Bij enkele vestigingen heeft een en ander ook tot een omzetstijging geleid. Veel vestigingen bleven verliesgevend, het bedrijf had last van het feit dat voorraden niet werden verkocht, terwijl de huurbetalingen en loonkosten doorliepen.
De genomen maatregelen hadden niet het beoogde effect. De omzet bleef achteruit gaan. Om die reden is een reorganisatieplan opgesteld. Het plan voorzag in diverse maatregelen, waaronder het zoeken naar nieuwe investeerders en het sluiten van minder rendabele vestigingen. Met de ondernemingsraad en de vakbonden is overleg geweest over het plan. De zoektocht naar nieuwe investeerders had helaas geen succes. Gesprekken met verhuurders over een mogelijke huurverlaging of voortijdige sluiting van filialen liepen ook op niets uit.

De marktomstandigheden bleven bovendien uitdagend. De liquiditeitsbehoefte van de onderneming liep op. De bank wilde het kredietplafond niet verhogen en zonder een concreet uitzicht op ‘betere tijden’ de verliezen van de onderneming financieren. Andere stakeholders waren hiertoe ook niet bereid. Een sociaal plan was niet haalbaar: er was geen tijd en geld beschikbaar. Ook was aanpassing van de huurovereenkomsten in een eerder stadium reeds onmogelijk gebleken.

Op enig moment werd duidelijk dat een faillissement onafwendbaar was. De aandeelhouders zijn zich vervolgens gaan beraden of een doorstart via faillissement mogelijk zou zijn. De aandeelhouders hebben in kaart gebracht welke filialen konden worden voortgezet, welke investeringen daarmee gemoeid zouden zijn en welke omzet in de toekomst zou kunnen worden gegenereerd. Deze plannen zijn gepresenteerd aan de bank. De bank was gedurende dit proces bereid door te financieren, en nieuw werkkapitaal ter beschikking te stellen. Daarbij speelde zonder meer een rol dat met een doorstart werkgelegenheid behouden zou blijven.

Het bestuur van de onderneming heeft daarop de rechtbank verzocht een stille bewindvoerder te benoemen, vooruitlopend op een mogelijke surseance- of faillissementsaanvraag. De ondernemingsraad is niet geïnformeerd over dit verzoek. De rechtbank heeft het verzoek ingewilligd en laten weten dat het doel van de stille bewindvoering was om een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke crediteuren te realiseren, waarbij de benoeming van een stille bewindvoerder de mogelijkheid bood om in relatieve rust een verkoop voor te bereiden waarbij de bewindvoerder gedurende de stille fase in overleg kon gaan met gegadigden.

De stille bewindvoerder heeft onderzocht of een doorstart te realiseren zou zijn. Daartoe is overlegd met betrokken partijen en gesproken met de verhuurders. Per filiaal is de actuele stand van zaken geanalyseerd. Gedurende de fase van de stille bewindvoering werd slechts onderhandeld met de aandeelhouders die zich als geïnteresseerde partij bij de bewindvoerder hadden gemeld.

In de stille fase zijn diverse voorzorgsmaatregelen getroffen om een doorstart na faillissement te bewerkstellingen. Essentieel was dat de winkels open zouden blijven. De beoogde doorstarter vreesde dat de goodwill zou vervliegen wanneer de winkels tijdelijk dicht zouden gaan. De tijdsdruk was groot.

De vakbonden zijn niet betrokken geweest bij de stille fase. De vakbonden zijn net als de ondernemingsraad achteraf geïnformeerd over de gang van zaken gedurende de pre-pack.

Aan de onderneming is vervolgens op eigen verzoek voorlopige surseance van betaling verleend. Aan de ondernemingsraad is geen advies gevraagd. Gedurende de fase van de surseance ontstond als gevolg van de ontstane openbaarheid een nieuwe dynamiek. De surseance werd gebruikt om de leveranciers en de verhuurders mee te krijgen in een doorstart. De winkels zijn open gebleven. Tijdens de surseance heeft de bewindvoerder de ondernemingsraad ingelicht over de stand van zaken. Ook de vakbond is onder geheimhouding nader geïnformeerd.

Vanaf het moment dat de surseance voorlopig was verleend, meldden zich ook andere gegadigden bij de bewindvoerder. Deze partijen bleken slechts geïnteresseerd in enkele filialen of bepaalde activa. Met deze partijen zou een beperktere doorstart gerealiseerd kunnen worden met minder behoud van werkgelegenheid. Bovendien boden deze partijen beduidend lager dan de aandeelhouder.

Een paar weken na de surseanceverlening heeft de rechtbank op verzoek van de bewindvoerder en de directie de surseance ingetrokken en is aansluitend het faillissement uitgesproken met de benoeming van de bewindvoerder als curator. Op diezelfde dag is met goedkeuring van de rechter-commissaris de doorstart van een aanzienlijk deel van de vestigingen geëffectueerd.

Consequenties voor de onderneming en de betrokken stakeholders, in het bijzonder de werknemers

Met machtiging van de rechter-commissaris heeft de curator alle arbeidsovereenkomsten opgezegd. Het UWV is in verband met de Wet Melding Collectief Ontslag en de loon-garantieregeling geïnformeerd.
De doorstarter heeft aan meer dan de helft van de werknemers een nieuw contract aangeboden, tegen gelijke arbeidsvoorwaarden. Over de selectie van het personeel is vanaf de stille fase tot na het faillissement gediscussieerd. Eerst is vastgesteld met welke filialen een doorstart gemaakt zou worden. Vervolgens is per filiaal bepaald welke functies er binnen dat filiaal vervuld zouden moeten worden. Vervolgens heeft men bekeken welke personen op welke plaatsen moesten komen. Leeftijd en geslacht hebben hierbij geen rol gespeeld. Er is gekeken naar opleiding, ervaring en woonplaats.
De doorstarter heeft gedurende de stille bewindvoering en de surseance met de verhuurders onderhandeld over kortingen op de huurprijzen. Dat heeft inderdaad geresulteerd in kortingen. De huurprijzen waren vaak niet meer marktconform.
De doorstart heeft het uiteindelijk toch niet gered.

CASE 19

Selectiecriteria:

Omvang: Groot
Sector: Zorg
Afwikkelingswijze: Doorstart uit faillissement

De aard en omvang van de onderneming

De onderneming is een zorginstelling die zorgvoorzieningen aanbiedt aan mensen met een verstandelijke beperking en andere zorgbehoevenden. De onderneming is ontstaan uit diverse fusies en overnames. Bij de onderneming waren de laatste jaren verspreid over de verschillende verpleegtehuizen en verzorgingstehuizen meer dan duizend personen werkzaam. Een groot gedeelte van het personeel werkte in deeltijd en was in vaste dienst.

De aard en oorzaak van de financiële problemen van de onderneming

De onderneming heeft in een reeks van jaren een beleid gevoerd dat uitging van een groei van het aantal zorgbehoevenden. De feitelijke groei bleef daarbij achter. Dit heeft geleid tot een neerwaarts effect op het vertrouwen in de kwaliteit en resultaten van de bestuurlijke maatregelen. Er ontstond daarenboven gaandeweg een situatie waarin relatief veel personeel in dienst was ten opzichte van het aantal zorgbehoevenden. Bovendien was het personeel duur, omdat veel medewerkers al lang in dienst waren. In die zin was de factor arbeid relevant in de kostenstructuur. Ongeveer 75% van de totale kosten van de zorgstelling bestond uit personeelskosten. De onderneming draaide jarenlang verlies en was derhalve structureel verliesgevend.

Besluitvorming omtrent financiële moeilijkheden

Door de jaren heen is er intern veel gesproken over de te volgen strategie. De capaciteit is teruggebracht, maar niet voldoende. Er is uitvoerig gekeken naar de mogelijkheid met een financieel sterke(re) partner te fuseren en men had op zeker moment ook een partner op het oog die de intentie deelde om te komen tot een juridische fusie. In de aanloop naar deze fusie is een paar jaar geleden een bestuurlijke fusie tot stand gekomen. Dit impliceerde dat de bestuurder van de twee betrokken fusiepartners in een gezamenlijk bestuursorgaan zitting nam. De ondernemingsraad van de zorginstelling is bij de besluitvorming betrokken geweest en kon zich vinden in de plannen: doel van een en ander was het rendabel maken van de zorginstelling. De ondernemingsraad was op de hoogte van de financiële moeilijkheden, maar hun herhaaldelijke verzoeken om inzicht in de prestaties van de verschillende vestigingen werd niet ingewilligd. Het bestuur en de raad van toezicht verzekerde de ondernemingsraad

dat de zorginstelling uit de financiële moeilijkheden zou komen wanneer de voorgenomen juridische fusie tot stand zou komen.
Het voornemen tot de juridische fusie werd om uiteenlopende redenen steeds uitgesteld. Er ontstond daarbij wrijving tussen de organisaties. Uiteindelijk vond een wisseling binnen het bestuur plaats. De nieuw aangetreden bestuurder liet een analyse van de situatie maken. Uit deze analyse bleek dat een forse sanering van het personeelsbestand noodzakelijk zou zijn. De kosten van de reorganisatie waren naar verwachting zeer aanzienlijk. De zorginstelling beschikte eenvoudigweg niet over de benodigde bedragen en de beoogde fusiepartner zou derhalve voor de kosten opdraaien. Vanwege deze enorme kostenpost besloot de bestuurder van de beoogde fusiepartner niet in te kunnen stemmen met de juridische fusie. Deze fusie was hiermee van de baan.
De ondernemingsraad van de zorginstelling en de financiers werden hierover ingelicht. De financiers hebben aan het niet doorgaan van de fusie conclusies verbonden. Een van de financierende banken heeft alle tegoeden die op de bankrekening stonden aangewend voor de aflossing van de langlopende kredieten, hetgeen leidde tot een acuut liquiditeitsprobleem. Een faillissement was onvermijdelijk. Er is een stichting opgericht met als doel het verzekeren van de continuïteit van de verleende zorg en verpleging. Enkele dagen voor het uitspreken van het faillissement is de ondernemingsraad ingelicht over de stand van zaken. Enkele uren later is het voltallige personeel ingelicht. Twee dagen later is de zorginstelling in staat van faillissement verklaard.
Direct na de faillietverklaring besloot de curator dat de zorg moest worden voortgezet en dat zorginstelling zo snel mogelijk moest worden verkocht. De mensen in de verpleeghuizen en verzorgingstehuizen moesten verzekerd zijn van zorg. In samenspraak met de stichting en de rechter-commissaris werden afspraken gemaakt over de voortzetting van de activiteiten, in afwachting van een eventuele verkoop.
Het verkoopproces heeft ruim een half jaar in beslag genomen. De curator heeft een biedingsproces opgetuigd en aan een aantal geïnteresseerde partijen een verkoop-memorandum verstrekt. De ontvangen biedingen zijn beoordeeld op de geboden koopprijs, de bereidheid het vastgoed te kopen, de continuïteit van de zorg, de mate waarin de koper bereid was te investeren in kwaliteit en innovatie en de perspectieven voor de werkgelegenheid. In samenspraak met de stichting zijn er vier kandidaten op een shortlist geplaatst: met hen zijn nadere onderhandelingen gevoerd. Deze partijen kregen toegang tot een dataroom waarin gedetailleerde informatie over de onderneming was opgenomen. Zij moesten een finaal bod uitbrengen. Twee partijen vielen alsnog af. De twee overgebleven partijen boden nagenoeg hetzelfde bedrag. De biedingen liepen echter uiteen op het punt van de werkgelegenheid: bij de eerste bieder zou 80% van het personeel aan het werk kunnen blijven, bij de andere partij bedroeg dat percentage 70%. De curator heeft overlegd met de stichting en de vakbonden en de ondernemingsraad is in de gelegenheid gesteld advies uit te brengen over de biedingen. Zowel de stichting, als de ondernemingsraad als de vakbonden meenden dat de meest gerede partij was om door te starten.
De overdracht heeft kort nadien plaatsgevonden. Zowel de vakbonden als de ondernemings-raad zijn gedurende het hele proces op de hoogte gehouden van de voortgang. De curator had elke twee weken overleg met de ondernemingsraad.

Consequenties voor de onderneming en de betrokken stakeholders, in het bijzonder de werknemers

Enkele dagen na het uitspreken van het faillissement zijn de vakbonden en de ondernemingsraad geïnformeerd over de plannen om de zorg te continueren. Omdat de zorg werd voortgezet, werd het overgrote deel van de arbeidsovereenkomsten van het personeel dat werkzaam was voor die bedrijfstak niet opgezegd. Na faillietverklaring zijn 400 werknemers ontslagen. Het betrof personen van wie de werkzaamheden niet noodzakelijk waren voor de voortzetting van de zorg en een aantal langdurig zieke medewerkers. Deze ontslagen veroorzaakten veel weerstand. Een aantal personeelsleden heeft – deels met hulp van de vakbond – bezwaar gemaakt tegen de machtiging van de rechter-commissaris om de arbeidsovereenkomsten op te zeggen. De rechtbank oordeelde dat de curator een objectief criterium consequent had toegepast.
De curator heeft overwogen om in aanloop naar de verkoop een verdere sanering van het personeelsbestand uit te voeren. Bij nader onderzoek bleek dat er in sommige tehuizen sprake was van overbezetting, terwijl in andere tehuizen sprake was van onderbezetting. De curatoren heeft er op aangedrongen dat overplaatsingen zouden plaats vinden, om zo verdere ontslagen te voorkomen.
In de overnameovereenkomst is opgenomen dat aan ten minste 80% van de vaste medewerkers een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou worden aangeboden. Deze verplichting is nagekomen. Nadat de overnameovereenkomst tot stand was gekomen, heeft de doorstartende partij gesprekken gevoerd met alle personeelsleden. De ondernemingsraad en de vakbonden drongen er op aan dat deze gesprekken niet het karakter van een sollicitatiegesprek mochten hebben. De doorstartende partij heeft met alle personeelsleden individueel gesproken. De doorstartende partij heeft geen inzage in de personeelsdossiers gekregen. Zij mochten op basis van deze gesprekken slechts besluiten personeel niet aan te nemen, wanneer er sterke indicaties voor aanwezig waren. Er bestond veel onbegrip en onrust over de uiteindelijke selectie: het was voor de personeelsleden niet duidelijk waarom sommigen mensen wel, en sommige mensen geen aanbod hadden gekregen. De geselecteerde medewerkers zijn in vaste dienst getreden bij de doorstartende partij.

CASE 20

Selectiecriteria:

Omvang:	Klein
Sector:	Industrie
Afwikkelingswijze:	Pre-pack

De aard en omvang van de onderneming

De onderneming hield zich bezig met de ontwikkeling en fabricage van machines welke bestemd zijn voor gebruik ten behoeve van de technologische sector. Met de betreffende technologie concurreert de onderneming wereldwijd. De onderneming was lokaal een belangrijke speler, gelet op de hoogwaardige werkgelegenheid die het bedrijf bood en gelet op de bijdrage aan de regionale kennis infrastructuur. Dit vormde in de visie van de advocaat van de onderneming een rol bij het besluit van de rechtbank een prepack toe te laten. Bij de onderneming waren tussen de 25 en 50 personen werkzaam ten tijde van de pre-pack. Alle medewerkers hadden een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De meesten waren op WO- of HBO-niveau opgeleid. De kennis van de werknemers was heel belangrijk.
Er was, gelet op het aantal werknemers, geen ondernemingsraad ingesteld.
De personeelskosten lagen relatief laag als je kijkt naar de totale kosten van het bedrijf. De grootste kostenpost voor de onderneming betrof het voorfinancieren van de machines. Het ging eigenlijk goed met het bedrijf, maar juist om deze reden moest men veel voor-financieren.
De onderneming werd in eerste instantie volledig gefinancierd met risicodragend kapitaal. Na ongeveer drie jaar heeft de onderneming voor het eerst winst gemaakt en is een bank gaan financieren. In totaal bedroeg de schuldenlast van de onderneming 20 à 25 miljoen euro, waarvan 1,5 miljoen door de bank werd gefinancierd.

De onderneming was met name bezig te investeren in nieuwe technologieën. Het ingebrachte vermogen (risicodragend kapitaal en de bancaire financiering) werd gebruikt om deze investeringen te kunnen opbrengen. De relatief beperkte hoogte van de bancaire financiering tekent het beperkte gewicht ten opzichte van de aandeelhouders en het risicovolle karakter van de bedrijfsactiviteiten. Gelet op de verliezen in recenter jaren was er nog onvoldoende risicovol kapitaal ingebracht om tot een rendabele bedrijfsvoering te komen.

De oorzaak van de financiële problemen van de onderneming

In het kader van de bedrijfsvoering werden er ten behoeve van klanten machines ontwikkeld waarbij aanzienlijke voorfinancieringen gemoeid waren.

Op een gegeven moment bleek echter, vanwege de toenemende vraag naar machines, niet meer voldoende kredietruimte beschikbaar te zijn om voor te financieren en ontstond de

dreiging dat de onderneming niet meer aan haar lopende verplichtingen zou kunnen voldoen. Per machine bedroeg de voorfinanciering enige tonnen, terwijl de afnemers als gebruikelijk in de branche betalingstermijnen van drie tot zes maanden hanteerden. Dit leidde tot een liquiditeitstekort. De zittende aandeelhouders waren niet bereid kapitaal bij te storten. De bank was niet bereid om verdergaand te financieren. Het liquiditeitstekort en de opgetreden impasse in de verdere financiering veroorzaakten een onzekere situatie, waarbij een insolventiescenario niet kon worden uitgesloten.

Voorafgaand aan de pre-pack is bij de onderneming geen reorganisatie noodzakelijk geweest, omdat het bedrijf economisch bezien goed liep.

De onderneming heeft de financiële situatie in kaart gebracht voordat de beoogd curator bij de onderneming betrokken raakte. Er speelden enkele complexe kwesties, zoals: wat zijn nog niet afgebouwde machines eigenlijk waard? Wel was er sprake van een behoorlijke debiteurenportefeuille. De advocaat van de onderneming heeft de stille bewindvoering aangevraagd. Op de dag van de aanvraag heeft de bank het krediet opgezegd zonder dat ze kennis hadden genomen van de stille bewindvoering. Daarop heeft de beoogd curator contact opgenomen met de bank om te voorkomen dat de bank alle debiteuren zou aanschrijven en daarmee de doorstart zou torpederen. Deze contacten hebben er toe geleid dat leveranties en het noodzakelijke betalingsverkeer konden worden gecontinueerd.

Besluitvorming omtrent financiële moeilijkheden

Het idee om een pre-pack uit te voeren was afkomstig van de advocaat van de onderneming. Naar zijn idee was de onderneming een perfecte casus voor een prepack. De argumenten die de advocaat bij de rechtbank heeft aangevoerd zijn: het is een bijzondere onderneming met een mooi product in een regio die minder aantrekkelijk was voor bedrijven, behoud van (hoogopgeleide) werkgelegenheid, terwijl het overnameproces reeds in gang was gezet. Het was van belang dat de lijnen die al naar afnemers waren uitgezet, behouden bleven. In de contracten met afnemers waren default clausules opgenomen. Deze clausules voorzagen in een ontbinding van het contract bij faillissement. Een pre-pack was noodzakelijk om de mogelijkheid te hebben tijdens de pre-packfase maatregelen te nemen om de defaults te keren. Tevens moet opgemerkt worden dat de orders wereldwijd waren. Het was dus moeilijk in te schatten wat het effect zou zijn van de openbaarheid in Nederland.
De onderneming had voor de benoeming van de stille bewindvoerder al mogelijke kopers benaderd. Voor deze partijen was begin 2014 een dataroom ingericht. Drie partijen bleken geïnteresseerd. De beoogd curator heeft samen met de directie de voorwaarden gesteld waaraan de biedingen moesten voldoen. Vrij snel werd duidelijk dat een strategische partij af zou vallen. De beoogd curator heeft geprobeerd deze partij telkens weer bij het proces te betrekken om tevens via deze partij te achterhalen of er nog partijen in de markt waren die de onderneming konden overnemen. Uiteindelijk bleven een strategische partij en een private equity-partij over. Een der partijen stelde de voorwaarde dat er nog een due dilligence-onderzoek diende plaats te vinden. Daarop heeft de beoogd curator aangegeven dat deze partij de voorwaarde moest laten varen of dat men uit het biedingproces lag. Beide partijen zijn daarna nog een keer in de gelegenheid gesteld om een bod uit te brengen. De tijdsdruk was

hoog, de bank had het krediet reeds opgezegd. Diverse partijen waren op de hoogte van de stille bewindvoering. Het risico dat ook afnemers op de hoogte zouden raken van de situatie werd groot geschat. Er werden twee biedingen uitgebracht. De rechter-commissaris concludeerde dat het bod van de strategische partij voor de boedel het meest aantrekkelijk was.

De beoogd curator heeft in het begin een fly on the wall-houding aangenomen en alleen meegekeken met het proces. Het reddingsplan lag er en de dataroom was al enige tijd opengesteld, dus liet de beoogd curator het initiatief aan de ondernemer. De beoogd curator heeft het proces mede bepaald en toegezien op het correcte verloop hiervan. Twee partijen hadden reeds voor de stille bewindvoering aangegeven de onderneming met personeel over te willen nemen.
De beoogd curator heeft getoetst of de onderneming levensvatbaar zou zijn. Dit geschiedde door de financiële stukken te analyseren. Daarnaast toetste de beoogd curator of de prepack voor andere doeleinden werd gebruikt. De centrale vraag die de beoogd curator zich hierbij stelde: "zit het probleem daar waar men zegt dat het zit?" Bij het onderzoeken of de onderneming levensvatbaar was, is overwogen om externe partijen in te schakelen om bijvoorbeeld de waarde van de machines en IE-rechten te kunnen bepalen. Een en ander werd achterhaald door de tijd.
Uiteindelijk is een deal bereikt met de strategische partij. De biedingen waren overigens bijna identiek. Na nauw contact met de rechter-commissaris is de keuze gemaakt. In de visie van de betrokken spelers had men dit resultaat niet buiten een prepack kunnen bereiken. Deze gedachte had te maken met de onzekere factor van de waarde van de machines in een faillissement zonder pre-pack en het belangrijke punt van het behoud van de orderportefeuille, en van de afnemers en de relaties in het algemeen.

Consequenties voor de onderneming en de betrokken stakeholders, in het bijzonder de werknemers

De kostenstructuur voor de onderneming is nauwelijks veranderd. Alleen een bepaalde subsidie ten bedrage van enige miljoenen euro is komen te vervallen door het faillissement. De huurovereenkomst is overgenomen en met alle werknemers is een nieuwe arbeidsovereenkomst aangegaan.
In de pre-packfase is door de directie en de beoogd curator in het biedingenproces de overname van 100% van de personeelsleden door middel van het aanbieden van nieuwe arbeidsovereenkomsten op dezelfde voorwaarden als de bestaande arbeidsvoorwaarden als voorwaarde opgenomen. De uiteindelijke koper heeft deze voorwaarde in de pre-packfase aanvaard. Na het uitspreken van het faillissement, werd de betreffende voorwaarde ook in het in het overname contract vastgelegd. De overnemende partij veroorzaakte na datum faillissement richting de werknemers onduidelijkheid door te menen de arbeidsvoorwaarden alsnog te kunnen aanpassen. De beoogd curator, inmiddels curator in het faillissement, heeft de overnemende partij gewezen op de afspraken in het overnamecontract. Aldus betrof dit een vrij eenvoudig op te lossen kwestie. Het gehele personeel is overgegaan op basis van dezelfde arbeidsvoorwaarden als voorheen.

Met betrekking tot voorgeschoten kosten van zakenreizen deed UWV geen uitkering daar die kosten niet zouden vallen onder het begrip loon. Dit heeft ertoe geleid dat diverse werknemers hun vordering in de boedel hebben ingediend. Dit betrof niet alleen kosten van dienstreizen en overige onkosten doch ook onderdelen van het loon, eindejaarsuitkeringen en bonussen die niet onder de loongarantieregeling van UWV vielen. Afhankelijk van de boedelbaten zal moeten blijken of deze vorderingen voldaan kunnen worden.
De financieringsstructuur is veranderd. De onderneming is nu volledig met eigen vermogen gefinancierd. De positie van de bank is afgekocht.

CASE 21

Selectiecriteria:

Omvang:	Middelgroot
Sector:	Retail (product)
Afwikkelingswijze:	Doorstart na faillissement

De aard en omvang van de onderneming

De onderneming exploiteerde een winkelketen op het gebied van elektronische gadgets. De onderneming is in de vorige eeuw opgericht en behoorde ten tijde van het faillissement toe aan een groep investeerders.
Ten tijde van de faillietverklaring had de onderneming ruim 200 werknemers in dienst. De personeelskosten lagen ongeveer op de 15 – 20 % van het geheel aan kosten, de materiaal-inkoop was de grootste kostenpost. Het overgrote deel van de werknemers, veelal werkzaam in de winkels, had vaste dienstverbanden.
Het hoofdkantoor kende de laatste jaren een bezetting van enkele tientallen werknemers.
De onderneming had bankfinanciering. Het ging bij de uitstaande leningen om een bedrag van ettelijke miljoenen. De omzet lag ruim boven de tien miljoen per jaar.

De oorzaak van de financiële problemen van de onderneming

De onderneming kende, zoals bij meer retailers het geval is, al vele jaren een afnemende omzet. In het verleden is de onderneming een paar maal betrokken geweest bij overnames en dat heeft geen positief effect gehad op de verkoopcijfers. Het business model heeft de ontwikkelingen in de markt niet bij kunnen benen. Als gevolg van één van deze overnames kampte de onderneming met een aanzienlijke bankschuld.

Besluitvorming omtrent financiële moeilijkheden

De onderneming heeft in het verleden aan kostenbeheersing gedaan. Enkele jaren geleden is een reorganisatie doorgevoerd op het hoofdkantoor. Het goed integreren van overnames heeft aandacht gekregen. De onderneming heeft een voorzichtig personeelsbeleid gevoerd in de zin dat via natuurlijk verloop en op individuele basis getroffen regelingen het personeelsbestand in de loop der jaren neerwaarts kon worden bijgesteld. Er is niet gekozen voor een tweede collectieve reorganisatie. Deze aanpak zou niet alleen veel tijd en energie van het bestuur, de ondernemingsraad en de vakbonden hebben gekost, maar tevens een ongewenste sluiting van winkels tot gevolg hebben gehad. In overleg met de vestigingsmanagers is steeds bekeken met hoeveel personeelsleden de vestigingen konden draaien.

Voorafgaand aan het faillissement is nog gepoogd de onderneming te verkopen. Potentieel geïnteresseerde partijen zijn benaderd. Vooral door de bankschuld kreeg men de onderneming niet verkocht.
Toen de verkopen in de belangrijke decembermaand wederom tegen vielen en de verhouding met leveranciers in een aantal gevallen problematische kanten kreeg, is na de jaarwisseling besloten het faillissement aan te vragen. De ondernemingsraad werd overvallen door het faillissement. Deze raad wist dat de onderneming een verlieslatend bedrijf was, maar was niet op de hoogte van de ernst van de financiële moeilijkheden. De ondernemingsraad voelde zich in de besluitvorming in de slotperiode voor het aanvragen van het faillissement niet in vertrouwen genomen. De vakbond is in de fase voorafgaand aan de faillissementsaanvraag niet betrokken geweest.
Vanuit het faillissement is een doorstart gerealiseerd. De uitverkoren koper had zich al eerder in het kader van de zoektocht naar een overname buiten faillissement gemeld bij het bestuur, maar daar is destijds nooit een serieus bod uit voortgekomen. De uiteindelijke doorstarter was de enige gegadigde voor het geheel der activiteiten en heeft om deze reden de voorkeur gekregen boven andere partijen.

Consequenties voor de onderneming en de betrokken stakeholders, in het bijzonder de werknemers

Alle onderdelen van de onderneming zijn na faillissement overgenomen door de doorstarter. Inmiddels lijkt de onderneming weer levensvatbaar. Men denkt weer aan het openen van nieuwe vestigingen.
De doorstarter had inzicht in een geanonimiseerde personeelslijst, met daarin informatie over het salaris, de positie en het type contract van de betreffende werknemers.
Meer dan 50% van het personeel heeft bij de doorstarter een baan kunnen vinden. De koper heeft de keuze bepaald op aangeven van het eveneens overgenomen management. Men kreeg een jaarcontract aangeboden. Veel tijdelijke contracten zijn nadien omgezet in arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Bij de doorstart is voorts afgesproken dat het personeel onder vergelijkbare arbeidsvoorwaarden als voorheen werd aangenomen. Op een paar uitzonderingen na is aangesloten bij de oude arbeidsvoorwaarden. Deze waren gebaseerd op de CAO welke gold in de betreffende branche. Op management niveau hebben medewerkers een tijdelijke verslechtering van arbeidsvoorwaarden aanvaard.
Het personeelsbestand van de doorstarter is voor wat betreft de overgenomen activiteiten inmiddels weer bijna op het niveau van vóór de failliet verklaring. Er is vertrouwen in de toekomst. Er wordt geïnvesteerd, contracten zijn herzien, waaronder de contracten met de verhuurders en het businessmodel is op de schop genomen.
De curator geeft aan dat een pre-pack in dit geval waarschijnlijk tot een betere (financiële) uitkomst had geleid. Het als gevolg daarvan na faillissement sneller kunnen verkopen, zou in zijn visie een positief effect hebben gehad op de prijs van de aan de doorstarter verkochte voorraden.

CASE 22

Selectiecriteria:

Omvang:	Middelgroot
Sector:	Retail (product)
Afwikkelingswijze:	Faillissement met doorstart

Aard en omvang van de onderneming

De onderneming beweegt zich met haar activiteiten in de detailhandel. De onderneming heeft tussen de 200 en 400 werknemers gehad. Er was een ondernemingsraad ingesteld.

Aard en omvang van de financiële problemen

Er speelden op de aandachtsgebieden van de onderneming al jaren lastige markt-omstandigheden. De verschillende directies zijn er door de jaren heen niet in geslaagd de onderneming winstgevend te maken. Een fusie had niet het beoogde resultaat en het reorganiserend vermogen was niet groot. Veel personeel was lang in dienst met vaste contracten. De onderneming had ook relatief veel personeel op holding niveau. De schulden bij de banken liepen op en uiteindelijk zijn de activiteiten verkocht aan een niet gelieerde partij. De financiering door de banken is bij deze overname doorgerold naar de nieuwe aandeelhouder, waarbij de banken een deel van de schuld hebben kwijtgescholden. Een eerste reorganisatie werd nog voor de overname en herstructurering met de bonden en ondernemingsraden middels een sociaal plan overeengekomen.

Besluitvorming omtrent de financiële moeilijkheden

De nieuwe eigenaar kreeg na overname te maken met een verder krimpende markt en tegenvallende omzetten. De kosten werden onder controle gebracht, maar de omzet bleef achter. De banken hebben steun geboden, maar de leveranciers wilden het verleende leverancierskrediet geforceerd terugbrengen. Dit leidde tot liquiditeitskrapte. Daar lag, naast de weerbarstige marktomstandigheden, de kern van het probleem. De onderneming had bovendien te maken met forse vaste kosten (waaronder huurbetalingen). Het management van de onderneming heeft na de overname met de leveranciers en verhuurders onderhandeld, maar deze onderhandelingen liepen op niets uit. Daarop is een tweede reorganisatie aangekondigd, waarbij nog eens ongeveer 15% van het personeel via het UWV zou afvloeien. Deze reorganisatie is door de ondernemingsraad en de medewerkers aanvaard, nu iedereen zag dat een tweede ingreep nodig was. De tweede reorganisatieronde werd ingezet onder toepassing van hetzelfde sociaal plan dat tijdens de eerste reorganisatie reeds met de bonden was overeengekomen.

Toen het collectief van leveranciers stopte met de belevering, is surseance van betaling aangevraagd en werd een bewindvoerder aangesteld. De bewindvoerder heeft nog geprobeerd tijdens de surseance van betaling een koper voor de gehele onderneming te vinden, maar dit bleek niet haalbaar. Daar kwam bij dat wanneer aan de inkomstenkant tegenvallende omzetcijfers zouden blijken, de levensvatbaarheid op de tocht zou blijven staan. In overleg met de rechter-commissaris is binnen een maand na de start van de surseance besloten tot het indienen van een verzoek tot faillietverklaring. De tweede reorganisatieronde was toen nog niet volledig afgewikkeld.
De curator heeft zorg gedragen voor een biedingsproces. De ondernemingsraad heeft zich als zodanig niet in het proces gemengd. Het personeel werd zo goed mogelijk geïnformeerd over de stappen die werden genomen. Zij kregen ook de kans om te bieden.

Consequenties voor de onderneming en de betrokken stakeholders, in het bijzonder de werknemers

Uiteindelijk zijn meer dan dertig vestigingen in het faillissement doorgestart. Aan een aanzienlijk deel van het personeel is een nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden.

CASE 23

Selectiecriteria:

Omvang:	Groot
Sector:	org
Afwikkelingswijze:	Doorstart (pre-pack)

Aard en omvang van de onderneming

De onderneming bewoog zich op het terrein van de zorg aan hulpbehoevenden. De onderneming had door het land diverse vestigingen. De onderneming behoorde toe aan een groep investeerders.
Bij de onderneming oversteeg het aantal personeelsleden ruim het getal dat geldt als ondergrens voor het zijn van een grote onderneming. Het merendeel van het personeel werkte direct in zorgverlenende functies. Een groot deel daarvan betrof parttime contracten.
Er was een ondernemingsraad ingesteld. Er was ook sprake van regulier contact met de vakbonden.
De zorg is de laatste jaren onderworpen aan marktwerking. Er was bovendien sprake van afhankelijkheid van overheidssubsidies. De grootste kostenpost bestond uit personeelskosten.

Aard en omvang van de financiële problemen

De onderneming heeft in het verleden financiering aangetrokken bij diverse banken. Het ging bij de bankschulden in recenter jaren om relatief aanzienlijke bedragen. De hoge schuldenlast vormde een zware en in relatie tot de omzetontwikkeling steeds zwaarder wordende last.
De onderneming heeft moeten ervaren dat de omzet in een aantal jaren sterk is teruggelopen. Deze omzetdaling was deels het gevolg van een teruglopende vraag naar de dienstverlening, maar hield ook verband met gewijzigd overheidsbeleid op het aandachtsgebied van de instelling. Op activiteiten in de intramurale zorg wordt de laatste jaren allengs minder subsidie verleend. De onderneming kwam in financieel slecht weer terecht.
Naast de schuldenlast waren de personeelskosten en de huurlasten aanzienlijk.

In een poging om de schuldenlast te drukken is de onderneming in overleg getreden met de investeerders en banken over de voorwaarden waaronder zij de leningen had gekregen. Dit heeft geleid tot een herstructurering van de schulden. Er heeft bovendien een reorganisatie plaatsgevonden, waarbij meer dan 10% van de werknemers is afgevloeid. De ondernemingsraad is om advies gevraagd en de bonden hebben een sociaal plan gesloten met de onderneming waarbij de kantonrechtersformule de parameters aangaf. Het ontslag verliep via het UWV. Deze reorganisatie bleek nadien in het licht van de verder teruglopende omzet onvoldoende om uit de verliezen te geraken.

Besluitvorming omtrent financiële moeilijkheden

Een nieuw bestuur trad aan. Het werd voorzienbaar dat de onderneming zonder additionele financiering in liquiditeitsproblemen zou komen. De operationele lasten bleken te hoog. De vraaguitval ging sneller dan de onderneming kon behappen. De personeelskosten en huurkosten leidden tot de voornaamste cash-out flow. Daarop volgde een nieuwe periode van overleg met de financiers en aandeelhouders en ook met potentiële andere investeerders. Uiteindelijk bleek het niet mogelijk voldoende additionele financiering te vinden. De verhuurders waren evenmin bereid mee te werken aan een oplossing. Een pre-pack kwam daarom in beeld, juist ook nu de door de onderneming verleende zorg, en dus ook de maatschappelijke positie die de onderneming daardoor innam, maakte dat bij een eventuele doorstart de continuïteit gewaarborgd moest zijn. Een stille, voorbereide doorstart kon er toe leiden dat er in belangrijke mate sprake zou zijn van waardebehoud.
In de periode die voorafging aan het verzoek om een pre-pack met doorstart door een gelieerde partij heeft geen biedingsproces vorm gekregen. Belangstelling bij derden is niet in kaart gebracht. De stille bewindvoerder heeft zich na zijn benoeming op de hoogte gebracht van de gang van zaken. Gelet op de maatschappelijke consequenties heeft hij zijn opdracht zo ingevuld dat een doorstart groen licht zou kunnen krijgen als er waarborgen waren dat er een zodanig bod zou worden gedaan dat redelijkerwijs mocht worden aangenomen dat een beter bod voor de onderneming niet had kunnen worden verkregen. Er is alsnog met andere partijen gesproken. Dit heeft niet geleid tot additionele biedingen. Er zijn gesprekken geweest tussen de stille bewindvoerder en de gelieerde partij die de doorstart wilde doen. Dit heeft uiteindelijk na onderhandelingen geresulteerd in een bod van deze gelieerde doorstarter dat voor de stille bewindvoerder aanvaardbaar was. Daarbij was sprake van een overname van een groot deel van de onderneming. De onderneming is failliet verklaard. De doorstart is aansluitend met behoud van continuïteit van grote delen van de onderneming geëffectueerd.
De vakbonden zijn niet betrokken in de besluitvorming. De doorstart na faillissement kwam voor hen als een verrassing. De bonden zijn pas in een laat stadium ingelicht vanwege de zorg van de betrokken partijen dat de vakbond de vertrouwelijkheid van de pre-pack in gevaar zou brengen. De voorzitter van de ondernemingsraad is kort vóór de aanvraag van het faillissement in vertrouwen ingelicht over de op handen zijnde doorstart. Het personeel wist niet wat er gaande was. Tijdens een personeelsbijeenkomst van na het faillissement heeft de curator in aanwezigheid van het UWV en de vakbonden de werknemers geïnformeerd.

Consequenties voor de onderneming en de betrokken stakeholders, in het bijzonder de werknemers

De vakbonden hebben zich na het faillissement op het standpunt gesteld dat geen sprake is geweest van een serieus biedingsproces. Zij hebben bovendien bezwaar gemaakt tegen de door de doorstarter gehanteerde selectiecriteria. De doorstarter heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheid om werknemers ‘vrij’ te selecteren. Het afspiegelingsbeginsel werd niet toegepast, de selectie vond plaats op basis van kwaliteit in ruime zin.
Een ruime meerderheid van de werknemers heeft in het kader van de doorstart een nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden gekregen. De werknemers die mochten blijven behielden nagenoeg dezelfde arbeidsvoorwaarden.

CASE 24

Selectiecriteria:

Omvang: Groot
Sector: Industrie
Afwikkelingswijze: Gedeeltelijke doorstart na faillissement

Aard en omvang van de onderneming

De onderneming is ontstaan uit een aantal fusies en overnames. In de vorige eeuw is de onderneming deel gaan uitmaken van een internationaal concern van buitenlandse origine met diverse industriële activiteiten. De beursgenoteerde moedermaatschappij heeft ook elders in Europa bedrijven op het gebied van de activiteiten van de onderneming. De onderneming heeft in Nederland verschillende vestigingen.
Het personeel en de grondstoffen vormden de grootste kostenpost, huur niet zozeer. In het verleden heeft ten aanzien van de bedrijfspanden een 'sale and leaseback-constructie' plaats gevonden. De revenuen van de verkoop zijn niet aan de onderneming zelf ten goede gekomen.
De vennootschap had op het moment van de faillietverklaring ruim 400 medewerkers met voor het overgrote deel vaste dienstverbanden. Veelal ging het om lange en goedbetaalde dienstverbanden. De managementfuncties waren van kortere duur. Het management op het moment van faillissement was grotendeels pas enige maanden in dienst.
De onderneming werd intraconcern gefinancierd in de zin dat de facturering aan en afwikkeling van de betalingen van afnemers geschiedde door tussenkomst van de holding van de onderneming. De omzet liep via de moedermaatschappij, die volgens een bepaalde systematiek de van afnemers ontvangen bedragen aan de werkmaatschappijen door betaalde. Deze financieringsstructuur gaf een aanzienlijke mate van afhankelijkheid van de moedermaatschappij. De banken financierden de Europese onderdelen van het concern eveneens door tussenkomst van de moedermaatschappij.
Er was een (actieve) ondernemingsraad ingesteld.

De oorzaak van de financiële problemen van de onderneming

Een belangrijke oorzaak voor de financiële problematiek was gelegen in een teruglopende markt betreffende de activiteiten van de onderneming. Een tweede oorzaak vormde de financieringsstructuur waarbij de onderneming voor haar inkomsten afhankelijk was van haar moedermaatschappij. De omzet en marges kwamen onder druk te staan, terwijl het de onderneming als gevolg van de financieringsstructuur en de teruglopende markt ontbrak aan voldoende liquide middelen om zonder (financiële) medewerking vanuit de holding tot reorganisatie en reducering van personeels- en overheadkosten te komen. Ten tijde van de

faillietverklaring had het concern voor zover er sprake was van betrokkenheid van de onderneming een bankschuld van ettelijke miljoenen.
Directe aanleiding voor het faillissement is gelegen in de toenemende problemen bij een zustermaatschappij die zware verliezen leed. De ontwikkelingen rond deze zustervennootschap bracht de bank tot de conclusie dat voor de onderneming een koper c.q. andere financier gevonden moest worden, bij gebreke waarvan de bank tot kredietopzegging zou overgaan.

Besluitvorming omtrent financiële moeilijkheden

De afgelopen jaren zijn er meerdere pogingen gedaan om de onderneming te herstructureren. Het laatste sociale plan dateert van twee jaar terug (hoger dan C = 1). Er zijn onder dit SP tussen de 125 en 150 werknemers afgevloeid. Een paar jaar voorafgaand aan het faillissement waren meer dan 500 werknemers in dienst bij de onderneming. Rond de eeuwwisseling lagen de aantallen werknemers nog hoger.
Voorafgaand aan het faillissement van de onderneming heeft de moedermaatschappij geprobeerd om de Europese tak als één geheel te verkopen. Uit een marktverkenning bleek dat er geen interesse was voor een dergelijke transactie.
Het kort voor het faillissement aangetreden bestuur had een herstructureringsplan opgesteld waarmee de onderneming volgens hen met een investering van additionele middelen en een verdere reductie van het personeelsbestand weer structureel winst zou kunnen draaien. Dit plan is achterhaald door de feiten.
Er bestond geen vooropgezet plan van aanpak met betrekking tot de surseance van betaling. De OR was als gevolg van de voorgaande reorganisatierondes op de hoogte van de financiële problematiek van de onderneming. De OR is evenwel niet om advies gevraagd over de aanvraag van de surseance. De OR en de vakbonden zijn voorafgaand aan het ontslag door de curator wel door de curator geraadpleegd, maar konden toen al niet veel meer doen en erkenden dat ook. De voorzitter van de OR heeft na het uitspreken van de voorlopige surseance vrijwel direct contact opgenomen met de bewindvoerder om de mogelijkheden voor een doorstart te bespreken. De surseance werd daags na de voorlopige verlening omgezet in een faillissement.

Consequenties voor de onderneming en de betrokken stakeholders, in het bijzonder de werknemers

Indien er op voorhand een inventarisatie was gemaakt van de activa, het personeel, eventuele bieders en klanten, dan had de curator in diens opvatting mogelijk een betere doorstart kunnen realiseren waarbij meer werkgelegenheid was behouden. Nu blijft bijna een kwart van de arbeidsplaatsen behouden.
Een deel van de activiteiten is op beperkte schaal doorgestart. Als de doorstart voorbereid was geweest, dan had in de visie van een betrokkene mogelijk een koper voor het geheel gevonden kunnen worden. De kopers hebben op basis van geanonimiseerde personeelsoverzichten gekozen wie ze mee wilden nemen. De kopers selecteerden het personeel dus, de curator heeft bij de selectie geen rol gespeeld en tevens geen inzicht gehad in de gehanteerde

selectiecriteria. De doorstarter heeft de curator gevraagd om de personeelsdossiers, welke met instemming van de betrokken medewerkers zijn overgedragen aan de doorstarter. De doorstarter heeft vervolgens – mede op grond van deze dossiers – zelf gekozen welke werknemers hij benaderde om bij hem in dienst te treden. De curator is tevens onbekend met de inhoud van de arbeidsovereenkomsten van de voormalige werknemers die bij de doorstarter in dienst zijn getreden.

Bij het beoordelen van biedingen heeft de curator primair gelet op maximalisering van de boedel. Financieel speelde het personeel in zoverre een rol dat het eventueel een voordeel voor de boedel zou kunnen opleveren indien het personeel eerder dan de zes wekentermijn overgenomen zou worden.

CASE 25

Selectiecriteria:

Omvang:	Middelgroot
Sector:	Dienstverlening/transport
Afwikkelingswijze:	Pre-pack + doorstart

De aard en omvang van de onderneming

De onderneming richt zich op het vervoer van goederen over de weg. De onderneming is voor de eeuwwisseling opgericht en maakt onderdeel uit van een groep die in de jaren ’60 is opgericht. De groep hield zich bezig met diverse vormen van vervoer.
De onderneming maakte deel uit van een transportnetwerk. Binnen dit netwerk werken transporteurs samen. De onderneming vervoerde pakketten die door het netwerk werden aangeboden en vervoerde daarnaast voor eigen klanten.
Ongeveer vijf jaar terug waren bij de onderneming meer dan honderd werknemers in dienst. De onderneming had een ondernemingsraad.

De aard en oorzaak van de financiële problemen van de onderneming

De samenwerking in het netwerk leverde de onderneming aanvankelijk veel omzet op. Vanaf 2009 nam de omzet echter drastisch af. Als gevolg van de crisis vielen er klanten weg en kwamen de marges onder druk te staan. Daar kwam bij dat de onderneming met een fors ziekteverzuim te kampen had van rond de 10%. Omdat er geen verzekering was afgesloten om dit risico af te dekken, vormde dit een stevige kostenpost. De laatste jaren maakte de onderneming verliezen. Vanuit het perspectief van de vakbond heeft de onderneming niet tijdig geïnvesteerd in nieuwe bedrijfsmiddelen en ziekteverzuimbegeleiding.

Besluitvorming omtrent financiële moeilijkheden

Een paar jaar terug heeft er een ingrijpende reorganisatie plaatsgevonden. Voor een kleine twintig werknemers zijn ontslagvergunningen bij het UWV aangevraagd. Deze zijn verkregen. Er zijn geen ontslagvergoedingen betaald. Bij de reorganisatie is het afspiegelingsbeginsel in acht genomen. Vanuit het perspectief van de onderneming betekende dit dat men afscheid nam van de goedkoopste en meest flexibele medewerkers. In dezelfde periode is van enkele stafmedewerkers afscheid genomen op basis van wederzijds goedvinden. Hier zijn wel ontslagvergoedingen betaald in verband met het feit dat het ging om lange dienstverbanden die bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel niet hadden kunnen worden opgezegd.

Toen de bank aangaf de financiering op te willen zeggen, is onderzocht of de onderneming verkocht kon worden. Vanwege de structuur van het transportnetwerk bleek dit geen haalbare

kaart. Er is geprobeerd de onderneming binnen het netwerk te verkopen. Daar is over onderhandeld, maar dit heeft niet tot resultaat geleid. De verkoop zou betekenen dat het bedrijf zich elders zou vestigen. Als gevolg daarvan zou het aan de groep toebehorende bedrijfspand leeg komen te staan. De groep zou dan huurinkomsten mislopen en daardoor zouden ook andere vennootschappen van de groep in problemen komen.
Uiteindelijk zegde de bank de financiering op met inachtneming van een opzegtermijn. In die fase is één van de zusterondernemingen verkocht. Een externe private financier is ingestapt en heeft een zodanig bedrag ter beschikking gesteld dat men de bankschuld kon aflossen. Wel zou er een betalingsregeling met de fiscus moeten komen. De fiscale schuld betrof een post van een paar ton. De fiscus was bereid een deel van deze schuld buiten invordering te stellen op voorwaarde dat de lopende verplichtingen vanaf het moment van de regeling zouden worden voldaan. Op dat moment was de groep in de veronderstelling het tij gekeerd te hebben: de bank was afgelost en er was weer enige financiële ruimte. Bovendien was er uitzicht op nieuwe orders.

Na een zekere periode bleek deze verwachting niet uit te komen. Het uitzicht op nieuwe omzet vervloog. Bovendien werden enige personeelsleden langdurig ziek. Een aantal debiteuren bleek oninbaar wegens faillietverklaring. Wederom dook de onderneming in de verliezen. De financier was niet bereid dat te financieren. Er is gekeken of een verkoop van de onderneming mogelijk was. Dit bleek wederom geen reële optie. De onderneming heeft de medewerkers gevraagd akkoord te gaan met een verlaging van enige secundaire arbeidsvoorwaarden. De ondernemingsraad stemde niet in met dit voorstel. De onderneming kwam in liquiditeitsproblemen.

Er is een verzoek tot stille bewindvoering voorbereid. Vervolgens heeft de onderneming het verzoek tot aanwijzing van een stille bewindvoerder gedaan. In het verzoek is uiteengezet dat een onvoorbereid faillissement veel schade zou veroorzaken. Alle orders zouden wegvallen en men verwachtte dat al toegezegde omzet niet zou doorgaan. Het verzoekschrift gaf aan dat de eigenaar van de groep een doorstart wilde proberen te bewerkstelligen. De onderneming heeft ten tijde van de indiening van het verzoek de werknemers op de hoogte gesteld van de plannen en de bedoeling zoveel mogelijk werkgelegenheid te behouden. De werknemers waren al langer op de hoogte van de financiële problemen en waren niet verrast.
De rechtbank toonde huiver het verzoek toe te kennen. Men vreesde dat de doorstart met deze gelieerde partij een vooropgezet plan was. Uiteindelijk heeft de rechtbank toch medewerking verleend en een ervaren curator benoemd als stille bewindvoerder, met de uitdrukkelijke opdracht een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers te realiseren.
De beoogd curator heeft een biedingsproces opgetuigd en enig indicatieve biedingen ontvangen. De twee hoogste bieders kregen de gelegenheid binnen een bepaalde korte periode een bindend bod uit te brengen.
Gedurende deze pre-packfase is door de beoogd curator overleg gevoerd met het UWV over de loongarantieregeling. Ook is de ondernemingsraad op de hoogte gehouden van de ontwikkelingen en het plan van aanpak. De curator heeft bij de OR geverifieerd wat de grootste concurrent in de regio was, om te verzekeren dat hij de markt goed verkend had. Bovendien heeft hij de OR gevraagd wat deze ervan zou vinden als de eigenaar van de groep het hoogste bod uit zou brengen en een doorstart zou realiseren. Daar had de OR geen bezwaar tegen. Er is in de pre-packfase geen contact geweest met de vakbond.

Na het uitbrengen van de beide definitieve biedingen is het faillissement van de onderneming aangevraagd. De stille bewindvoerder werd als curator benoemd. Het bod van de eigenaar van de groep was het hoogste bod met ook het beste perspectief voor de werknemers. Hij was bereid een aanzienlijk deel van de werknemers een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te bieden.
Daags na de faillietverklaring heeft de curator met machtiging van de rechter-commissaris alle arbeidsovereenkomsten opgezegd. De curator heeft op diezelfde dag het personeel en de ondernemingsraad geïnformeerd. Op deze bijeenkomst was ook een vertegenwoordiging van de vakbond aanwezig. Korte tijd later is er definitieve overeenstemming bereikt met de verkrijger en heeft de rechter-commissaris ingestemd met de doorstart.

Consequenties voor de onderneming en de betrokken stakeholders, in het bijzonder de werknemers

De overnemende partij heeft aan enige tientallen werknemers een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangeboden. Aan een tweede ongeveer even grote groep werknemers is een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangeboden. Deze laatste groep werknemers had vóór het faillissement een contract voor onbepaalde tijd. Een aantal mensen heeft een nieuwe functie gekregen.
25 personen hebben geen nieuwe arbeidsovereenkomst gekregen. Daarbij zaten werknemers die regelmatig of chronisch ziek waren.

Van vakbondszijde is kritiek geuit op de doorstart. Zij stelde zich op het standpunt dat de onderneming via de prepack met name zieke werknemers heeft gedumpt.
De eerste prognoses zien er gunstig uit. Het bedrijf is in de nieuwe opzet ‘leaner’ en ‘meaner’ en het lijkt erop dat de onderneming toekomst heeft.

CASE 26

Selectiecriteria:

Omvang: Middelgroot
Sector: Bouw
Afwikkelingswijze: Formele reorganisatie (pre-pack)

De aard en omvang van de organisatie

De onderneming richtte zich met haar activiteiten als toeleverancier op de bouwsector. De onderneming betreft een joint venture (JV) tussen twee partijen. De onderneming is ten dele ontstaan uit een eerdere doorstart uit faillissement van een deel van de activiteiten. Het hoofdkantoor en het magazijn waren gevestigd in het midden van het land. De onderneming dreef een groothandel en had diverse vestigingen.

De onderneming had een paar jaar terug ongeveer 100 werknemers in dienst. Van deze contracten waren 10% contracten voor bepaalde tijd. Er was een ondernemingsraad. De werknemers hadden marktconforme arbeidsvoorwaarden.
De financiering van de onderneming liep via een van de twee JV-partijen.

De aard en oorzaak van de financiële problemen van de onderneming

De onderneming kreeg vanwege de malaise in de bouw te maken met een dalende omzet. Daarnaast heeft de onderneming last ondervonden van het reputatieverlies in de markt als gevolg van het eerdere faillissement betreffende een deel van de activiteiten. Dit maakte dat sommige klanten de onderneming de rug toekeerden. De omzetontwikkeling veroorzaakte de financiële problemen in de zin dat de omzet de omvang van de organisatie en daarmee de lopende kosten (huisvesting, personeel, etc.) niet meer kon dragen. Er was teveel personeel in verhouding tot de omzet die behaald werd.

Enkele jaren terug vond een eerste personele reorganisatie plaats. Er is via het UWV afscheid genomen van ongeveer vijftien werknemers. De ondernemingsraad heeft geadviseerd. De vakbonden waren niet betrokken. De UWV-procedure liep voor het bedrijf goed af. De werknemers kregen een vergoeding voor outplacementbegeleiding.

De ingreep bleek onvoldoende. De aandeelhouders hebben aanmerkelijke bedragen ter beschikking moeten stellen om de verliesfinanciering mogelijk te maken.

Daarna heeft opnieuw een personele reorganisatie plaatsgevonden. Ook nu ging het om ongeveer vijftien werknemers. De ondernemingsraad is wederom om advies gevraagd en de vakbonden zijn niet betrokken. De UWV-procedure verliep voorspoedig en snel. De werknemers kregen wederom een outplacementvergoeding mee.

Ook deze reorganisatie heeft het tij niet kunnen keren. De onderneming bleef water maken.

Besluitvorming omtrent financiële moeilijkheden

Dit keer bereikten de aandeelhouders geen overeenstemming over een nog weer verder bijstorten. Bankfinanciering kon evenmin worden verkregen. Een overname van de aandelen door de ene JV partij – die wel nog verder wilde met de onderneming – liep stuk op de omstandigheid dat bij verkoop fiscale compensatiemogelijkheden voor de andere JV partij verloren zouden gaan. Deze partij wilde daarom niet verkopen.

Het faillissement van de onderneming was aldus onvermijdelijk. De JV-partij die interesse had om door te gaan, wilde de onderneming doorstarten. Gezien de eerdere ervaringen met het eerste faillissement, was het van groot belang dat deze doorstart zo geruisloos mogelijk zou plaatsvinden. De advocaat van de onderneming heeft een verzoek tot stille bewindvoering ingediend bij de rechtbank. Tijdens de zitting is naar voren gebracht dat het een doorstart zou worden door een gelieerde partij en dat de stille bewindvoering noodzakelijk was om de continuïteit te waarborgen. Zou sprake zijn van een ongecontroleerd faillissement, dan zou direct de orderportefeuille leeglopen. Dit zou de doodsteek zijn. Een pre-pack bood bovendien de kans cruciale leveranciers te behouden. De opgebouwde langdurige relaties waren van evident belang voor de inkoopzijde van de onderneming.
De rechtbank heeft het verzoek in die zin toegewezen dat er waarborgen moesten zijn op het punt van de haalbaarheid van een transactie, de prijsstelling en mate van transparantie. Een en ander is zo vormgegeven dat de rechter-commissaris er mee heeft ingestemd dat het bestuur van de onderneming de beoogd curator een volmacht gaf om partijen in de markt te benaderen om te vragen of zij geïnteresseerd waren. De beoogd curator is derhalve meer dan een ‘fly-on-the-wall ‘ geweest.

De bestuurder van de onderneming heeft een lijst opgesteld met enige potentieel geïnteresseerde partijen. Deze partijen zijn door de beoogd curator benaderd. De beoogd curator heeft het sensitieve karakter van de kwestie bewaakt door zelf te bellen, geen documentatie toe te sturen en pas verder te praten na het tekenen van een geheimhoudings-verklaring. Vervolgens kreeg men gedurende enkele dagen toegang tot een bidbook met informatie over onder andere het personeel. Uiteindelijk bleef de gelieerde partij als enige over. Het faillissement werd uitgesproken en dezelfde dag vond de doorstart plaats.

De financiering liep via de aandeelhouders, dus er was slechts indirect een bank bij de doorstart betrokken. Tussen de doorstartende aandeelhouder en diens bank hebben onderhandelingen plaatsgevonden over de voorwaarden om de doorstart mogelijk te maken.
De vakbonden zijn niet betrokken in de besluitvorming. De voorzitter van de ondernemings-raad van de onderneming is wel, onder geheimhouding, in het proces betrokken en heeft gelegenheid gehad van zijn opvatting over de voorgenomen doorstart te doen blijken. Hij stond hier positief tegenover. De voorzitter van de ondernemingsraad heeft gedurende de pre-packfase de ontvangen informatie geheim gehouden en niet gedeeld met de rest van de

ondernemingsraad. Er is dus ook geen formeel adviestraject met de ondernemingsraad geweest.

Consequenties voor de onderneming en de betrokken stakeholders, in het bijzonder de werknemers

Voor de datum van het faillissement waren er nog ongeveer 75 personen in dienst bij de onderneming. De doorstarter heeft ongeveer 15% van de werknemers niet mee overgenomen. Hij heeft bovendien een paar nieuwe werknemers aangenomen. De overgenomen werknemers behielden dezelfde arbeidsvoorwaarden. Ook anciënniteit werd meegenomen.

De leveranciers zijn tijdens de pre-packfase benaderd en allemaal gebleven. Daarmee is veel waarde behouden. De markt is nog steeds moeilijk, maar er is voorzichtig optimisme. De marges staan nog onder druk, de loonkosten blijven hoog, grootschalige nieuwbouw blijft uit. In 2015 is voor het eerst een omzetgroei behaald. Men merkt dat het vertrouwen in de onderneming bij de afnemers is teruggekeerd. In tegenstelling tot het eerdere faillissement, hebben afnemers vrijwel niets gemerkt van de pre-pack.

Bijlage 4 Citaten uit de interviews

Misbruik van faillissementsrecht (paragraaf 1.5, paragraaf 3.3.3.2)

Een vakbondsbestuurder: 'Ik heb in het verleden in faillissementen toch wel meegemaakt dat het faillissement, laat ik het mooi formuleren, een mooie aanleiding was om van bepaalde groepen personeel af te komen. Ik durf van de faillissementen die ik meegemaakt heb niet te zeggen of die geregisseerd zijn. Ik denk dat er aan alle kanten redenen waren waarom een faillissement onafwendbaar was. Ik heb wel gezien dat een potentiële koper van bedrijfsonderdelen vlak voordat de koop gesloten werd zich terug trok om dan in de week na het faillissement bij de curator alsnog een bod uit te brengen. Die partijen willen voor een prikkie kopen. Maar daarin kan natuurlijk ook meespelen dat hij een paar weken rond heeft gekeken van, wacht even, ik heb liever wat jongere mensen dus als ik een week wacht...'

Een advocaat: 'Ik ben in mijn praktijk niet echt misbruiksituaties tegen gekomen. De meeste ondernemingen vinden het vreselijk om mensen te ontslaan. Mensen schamen zich voor hun eigen falen. Ze zijn emotioneel betrokken bij hun mensen. Dus vaak is het een groot menselijk drama in plaats van een kunstje. Ze zijn er wel, maar ik denk dat het minder dan 5% is.'

Een advocaat: 'Als we de werknemersbescherming na de doorstart terugschroeven, dan vergroot je de kans van misbruik van faillissementsrecht. Je moet het zien binnen de context van mogelijk misbruik. Daar komt ook de vrees vandaan en ook de bezwaren die bestaan.'

Een vakbondsbestuurder: 'Mijn gevoel zegt me dat misbruik van faillissement voorkomt. Maar ik denk niet dat het de enige reden is van een bedrijf van: onze personeelskosten zijn te hoog, we hebben duur personeel, we gaan failliet om daarvan af te komen. En we gaan er alles aan doen om dat in scène te zetten. Het is een handige bijkomstigheid om goedkoper te kunnen doorstarten en nooit een reden op zich denk ik om het te doen. Maar je ziet wel, dat men bij de ene doorstart wel en bij de andere doorstart niet afspiegeling toepast. Dat heeft te maken met het marktsegment waarin zij opereren. Sommige doorstarters willen een mengeling van jong en oud en kiezen dus ook voor relatief dure arbeidskrachten. Bij andere doorstarts zie je heel duidelijk dat dure krachten allemaal geloosd worden.'

Een advocaat: 'Natuurlijk wordt het faillissementsrecht in de praktijk gebruikt om van werknemers af te komen.'

Een advocaat: 'Het gebeurt dat het faillissement enkel en alleen wordt gebruikt om personeel af te laten vloeien. De vraag is: kun je dat altijd zo gemakkelijk vaststellen?'

Een bankier: 'In de praktijk krijg je weleens vragen van: kunnen we niet gewoon alles even in een BV zetten, die laten klappen en op die manier zijn we van het personeel af. Die vragen worden gesteld vanuit de koude gedachte: het is een rekensom. Die vragen worden ook wel eens aan ons gesteld. Onze reactie is dat wij als bank niet geassocieerd willen worden met dat

soort zaken. Zo'n faillissement om puur van de werknemers af te komen, heb ik nog niet meegemaakt. Vaak is het een samenloop van een heleboel omstandigheden.

Een advocaat: 'Het echte pure oneigenlijke gebruik zie ik niet vaak, maar wel dat het een groot bijkomend voordeel is. Echt dat puur misbruik in de zin van het aanvragen van het faillissement om personeel te lozen, het gebeurt wel maar dat is doorgaans niet de hoofdreden. Het is meer alles bij elkaar.'

Een bankier: 'Voor ons is het heel belangrijk als we meewerken aan de doorstart, dat er een proces is geweest. Het wordt tricky als de bestaande aandeelhouder zegt: de helft van het personeel eruit, ik kan de huurcontracten doorzetten en vervolgens gaan we vrolijk verder. Dat vinden wij heel lastig om daarin mee te gaan als dat met de bestaande aandeelhouder is. Dus dan willen wij, vanuit onze maatschappelijke rol, dat er een proces heeft plaatsgevonden. Dat er inderdaad gezocht is naar andere kopers. Als het echt er alleen maar om gaat de aandeelhouder in een betere positie te brengen, dan betekent dat ook dat er een andere partij in geïnteresseerd zou kunnen zijn. En als dat proces niet heeft gelopen, dan is dus geen sprake van een normaal corporate finance proces. Als er niet het gevoel is dat er een eerlijk proces is geweest, dan doen wij daar niet aan mee. Daar hebben we een soort van code of conduct voor. Want wij willen het ook uit kunnen leggen.'

Een curator: 'Het is niet mijn ervaring dat er misbruik van het faillissementsrecht wordt gemaakt, maar dat komt misschien ook wel doordat ik veel faillissementen van natuurlijke personen doe, want dan speelt het alweer veel minder.'

Een curator: 'Ik denk dat een faillissement regelmatig het gevolg is van een gewoon simpelweg het zich niet kunnen veroorloven om nog door te modderen en maar door te blijven betalen. Ze zijn vaak gewoon te laat en ze hebben geen geld om een andere oplossing te kiezen dan een faillissement en dan heb ik het met name over de kleinere bedrijven. Wanneer is er sprake van misbruik? Als de bakker op de hoek het niet meer ziet zitten en wil stoppen en hij heeft twee man personeel. Hij wil het liefst zijn onderneming op een nette manier eindigen, gewoon liquideren, maar hij denkt ja hoe kom ik nou op een normale manier van mijn mensen af, de transitievergoeding, de tijd die het met zich brengt, ik moet allerlei dingen laten zien, en die tijd heeft hij vaak niet, het inzicht heeft hij niet, en die denkt dan maar het faillissement. Is dat dan misbruik, als hij niet meer aan zijn betalingen kan voldoen? Ik denk het niet.'

Een curator: 'Het laatste wat een ondernemer wil, is failliet gaan. Weinig mensen geloven dat, die denken langzamerhand van nou, dankzij de pre-pack heb ik nu het faillissement ontdekt, snel van je personeel af, flitsfaillissement en lekker weer door. Maar praat eens met een ondernemer. Ik noem een voorbeeld: een installatiebedrijf, 30-35 man personeel, de eigenaar heeft z'n hele ziel en zaligheid erin gestopt, z'n pensioen zit erin, maar hij redt het gewoon niet meer. Hij kon uiteindelijk in een doorstart verder met het grootste deel van het personeel, tegen dezelfde arbeidsvoorwaarden overigens, maar in de markt zeggen ze, ja hoor daar gaat er weer een failliet, die laat mooi de schulden achter en gaat weer vrolijk verder. Maar die vent heeft helemaal niks meer. Die denkt, ik kan nog maar één ding en dat is proberen met wat geld van vrienden een doorstart te maken zodat ik in de toekomst weer iets kan

verdienen. Het is een volkomen verkeerd beeld wat het publiek over het algemeen heeft. Dat is een besef dat in Den Haag moet landen. Er is echt vaak een vertekend beeld. Dan hebben we het over het kleine MKB.'

Een bankier: 'Ik heb de gevallen die ik heb gezien nooit als misbruik ervaren. Er wordt altijd gekeken wat de bottleneck is, waarom het bedrijf niet rendeert? Heel vaak viel de omzet terug en dan moeten de kosten daarmee weer in lijn worden gebracht. Personeel is vaak een grote vaste last waar je iets mee moet. Als verder het bestaansrecht van de onderneming zichzelf heeft bewezen, in ieder geval in een afgeslankte vorm, dan wordt er altijd wel gekeken naar de vraag of en hoe we dit kunnen behouden. Vaak is de conclusie: sanering is niet mogelijk want dat kost gewoon te veel geld of de financieringslasten worden te hoog, met gevolg dat het risico daarna weer te groot is. Een doorstart is een middel om in ieder geval een deel te behouden en om te zorgen dat je niet echt met kapitaalvernietiging bezig bent. Misbruik van faillissement zou ik alleen maar vinden op het moment dat hetzelfde management het bedrijf weer koopt in een proces dat ondoorzichtig en niet transparant is en zonder dat er een goede prijs voor betaald wordt. Een transparant proces is heel belangrijk. Het bankperspectief is in eerste instantie de prijs die betaald wordt. Als de prijs goed is, maar de markt is niet goed verkend en de bank springt er zelf goed uit, dan is dit een dilemma. Ik vermoed dat het er dan aan ligt hoe schimmig het uiteindelijk is. Uiteindelijk is het een curator die verkoopt en niet de bank. In beginsel maakt het dan geen verschil of het een externe partij is of een gelieerde partij. Als er een goede deal ligt of een goede prijs wordt betaald, dan zou dat niet uit moeten maken, maar ja op het moment dat de markt niet goed verkend is, dan wordt het dubieus. Als er wel een goede prijs wordt betaald, zal de bank uiteindelijk in de meeste gevallen wel medewerking verlenen, omdat vertrouwd wordt op een curator die dat proces eerlijk en transparant moet begeleiden. Banken zijn bij sommige doorstarts of verkopen intensief betrokken, maar bij een hele hoop ook niet. Dus je moet vertrouwen op het systeem zoals het er is en op een curator die door de rechtbank wordt benoemd.'

Een bankier: 'Een faillissement alleen om van personeel af te komen, daar werken wij niet aan mee. Dus dat is gewoon een keihard gegeven.'

Een vakbondsbestuurder: 'Ik ben bezorgd dat als de belangen van de werknemers niet goed vertegenwoordigd worden in WCO I, de pre-pack een nieuwe reorganisatievorm gaat worden. Dat steeds meer werkgevers uitwijken naar een pre-pack faillissement en alle regels omtrent transitievergoeding en opzegtermijnen voorkomen. Ik zie dat wel gebeuren en daarom is het juist van belang dat we de spelregels in deze wetgeving goed met elkaar neer gaan zetten.'

Een bankier: 'De beeldvorming ten aanzien van faillissementen wordt op basis van emotie gevoerd. Als je puur sec naar een casus kijkt, en dat vind ik wel vaak onderbelicht in de media, dan kan het bedrijf gewoon niet voortbestaan. Dit laatste geldt ook voor het feit dat een aantal werknemers hun baan verliest, maar dat er aan de andere kant ook veel mensen hun baan wel hebben behouden en daardoor het kapitaal is behouden wat ook weer goed is voor de economie. Op het moment dat je een doorstart niet zou hebben, komen er in plaats van 100 medewerkers 200 werknemers op straat te staan.'

Een curator: ‘Ik heb het eerlijk gezegd nog nooit meegemaakt dat goedkoop van personeel afkomen het doel op zich van een faillissement is geweest. Als dat al meespeelde, dan was dat altijd in relatie tot de financiële situatie die gewoon de kostenstructuur niet meer kon trekken. Het gaat er uiteindelijk om of het bedrijf wel of niet aan zijn lopende verplichtingen kan voldoen. Ik ken uiteraard de uitspraken waarin er wel sprake is van misbruik van faillissementsrecht, maar zo een situatie ben ik als curator nog niet tegengekomen en ik heb ook nog nooit van een cliënt het verzoek gekregen waarvan ik dacht: dit kan niet, want dit is puur om de werknemers te lozen en verder nergens om. Ik beleef het een beetje, al die verhalen over misbruik van faillissementsrecht. De publieke perceptie van doorstarts is gewoon niet gunstig, omdat men altijd het idee heeft van: hoe kan dat nou? En dan zeg ik altijd: als het volgens de regels der kunst gebeurt, dan kan dat inderdaad. Maar je moet je wel aan de regels houden en dat moet dan allemaal onder toezicht gebeuren. Maar als dat goed gebeurt, dan kan dat en dan is er niks op tegen. Sterker nog, dan kan het maatschappelijk belang gediend zijn, omdat het dan voor behoud van meer werkgelegenheid zorgt dan wanneer alles helemaal ontbonden en onttakeld wordt.’

Een adviseur van een ondernemer: ‘Het alleen laten failleren om van personeel af te komen komt voor. Maar in mijn praktijk komt dat niet vaak voor eerlijk gezegd, niet als een reden op zich.’

Een bankier: ‘Dat beeld van misbruik van het faillissement heb ik echt totaal niet. Het is vaak dat die ondernemers al enorm geprobeerd hebben om het op alle mogelijke manieren nog vlot te trekken. Door afspraken met de fiscus te maken, meer gespreide betalingen, uitstelregelingen met crediteuren en dat dit gewoon echt helemaal ophoudt omdat ze ramvast zitten. Ik heb de afgelopen jaren heel veel ondernemers die richting faillissement gingen daar enorm mee zien worstelen. Vooral zien worstelen met, hoe communiceer ik nou die problemen naar mijn personeel, hoeveel reuring geeft dat als ik ga communiceren dat het niet goed gaat? Dat die mensen hun baan dreigen te verliezen. Dat speelt mee bij een heleboel ondernemers, van hoe manage je dat dan. En de meesten voelen zich ook echt wel verantwoordelijk voor hun personeel wat ze allemaal aangenomen hebben en waar ze gewoon een beetje voor falen.’

Een curator: ‘Je moet een evenwicht zien te creëren tussen alle belangen. Als je kijkt naar de uitspraak inzake Jan de Roos, die transportonderneming in Friesland, daar zie je dat er eigenlijk sprake is van misbruik. Je bent aan het spelen met het faillissementsrecht, je gebruikt het als instrument om de werknemers te duperen en daarvan vind ik het goed dat de kantonrechter daar een streep door heeft gezet. Alleen over de motivering kan je nog twisten. Het komt wel eens voor dat een ondernemer alleen maar wil failleren om van het personeel af te komen. Ik denk dat het op zich wel meevalt als je het in procenten nakijkt. Ik hebt wel een paar keer meegemaakt dat klanten zeiden te willen doorstarten en dan een bepaald personeelslid niet te willen meenemen. Dan ga je doorvragen en dan blijkt dat er al een UWV-procedure is geweest, waarbij het UWV toestemming heeft onthouden. Kijk, dan denk ik van ja, dan probeer je misbruik te maken van het instrument faillissementsrecht. Ik heb het ook wel eens meegemaakt dat er een langlopende huurovereenkomst in zat, waarvan men via een faillissementsprocedure probeerde om daar vanaf te komen. Want dat was eigenlijk de enige reden om faillissement aan te vragen. Dan is het wel heel duidelijk dat sprake is van

misbruik van faillissementrecht. Ja, dat komt dan af en toe voor. Ik vind dan ook dat een curator heel transparant moet communiceren en duidelijk moet laten zien wat de keuzes waren en waarom men tot die keuzes is gekomen en vervolgens de beslissing motiveert, onder toezicht van de rechter-commissaris.'

Een bankier (in antwoord op de vraag of misbruik van faillissementsrecht vaak voorkomt): 'Nee, want dan werkt de bank niet mee. En dan gaat de doorstart niet lukken. Tenzij ze de bank een poets bakken en de bank trapt erin. Fraude kan altijd, fraude ga je niet tegenhouden.'

Een curator: 'Er wordt weinig misbruik van het faillissementsrecht gemaakt. De ondernemer en de bank hebben altijd wel zelf geld verloren.'

Een curator: 'In mijn klantenkring bewandelt men niet bewust de faillissementsroute om goedkoop te kunnen saneren. Je bent als ondernemer de regie kwijt op het moment dat je het doet. Het is niet gezegd dat je het krijgt. De curatoren zijn er ook veel minder makkelijk in dan in het verleden. Vroeger was alles erop gericht om binnen, bij wijze van spreken, een week een doorstart rond te hebben. Nu wordt er veel meer verwacht dat je daar wat meer tijd voor neemt en verkoopmemoranda maakt, zoveel mogelijk probeert kandidaten te zoeken. Dat proces is wel wat veranderd de laatste 5-6 jaar denk ik. Met name is de gedachte: als ik het uit handen geef, krijg ik het dan wel weer terug? Het faillissement heeft zijn eigen dynamiek. Ik denk ook dat het misschien iets is dat meer in het verleden heeft gespeeld. Want als je bijvoorbeeld bij bouwbedrijven kijkt, dan hebben die nu een hele andere situatie. Ze hebben niet meer veel vast personeel. Ze werken met flexibel personeel.'

Een bankier: 'Vaak is er een economische reden voor het aanvragen van het faillissement. Faillissementsfraude komt voor, volgens mij ziet het Openbaar Ministerie dat ook zo. Maar het gebeurt niet veel, ik heb het zelf niet heel veel gezien. We hebben gevallen gezien waarbij het eigenlijk niet te verklaren was dat het faillissement er moest zijn, anders dan werknemers lozen. Maar het zijn de uitzonderingen. Het lastige bij het beantwoorden van deze vraag is dat van de financieel economische problemen waar een bedrijf mee kampt, personeelskosten vaak de belangrijkste kostenpost is. Dus als je in financiële problemen komt en de omzet valt weg en je vaste kosten gaan door, dan zal je eigenlijk niet aan een faillissement kunnen ontkomen. Hoe kleiner de onderneming, des te minder men meestal een langere doorlooptijd van reorganisaties buiten faillissement kan opvangen. Bij grote ondernemingen heeft men vaak meer reorganiserend vermogen en kan men de tijd wat langer uitzitten.'

Een bankier: 'Ik ken de neiging om misbruik van het faillissement te maken vanuit mijn eigen praktijk niet. De meeste ondernemers met wie ik aan tafel zit, veel MKB zit er in mijn portefeuille, zijn erg gehecht aan hun personeel. Sommige bedrijven zijn familie zeg maar. Die vinden het heel moeilijk om te saneren. Dat is vaak ook een extra reden waarom het niet goed afloopt, omdat ze het gewoon te moeilijk vinden om in een vroeg stadium in te grijpen. Dus die neiging van 'laat ik nu maar zo snel mogelijk personeel ontslaan….', kijk, er zijn natuurlijk vast wel mensen die deze neiging wat meer hebben, maar ik herken het zelf niet. Ik denk dat voor veel ondernemers het haast traumatiserend is om failliet te gaan, om hun bedrijf kwijt te raken. Dat het puur en alleen wordt ingegeven om van personeel af te komen, heb ik

niet meegemaakt. We bekijken als bank zakelijk hoe we een doorstart beoordelen, gewoon puur een afweging van kosten en baten. Wat halen we op in dit scenario en wat halen we op in dat scenario. Maar helemaal zo zwart/wit is het in de praktijk ook niet, omdat er ook wel maatschappelijke issues aan zitten. Als een bedrijf doorstart, is ook één van de voorwaarden van 'willen we daar aan meewerken'.'

Een bankier: 'Wat je wel ziet bij bedrijven waar vóór faillissement gewoon geen koper voor te vinden is, is dat er in faillissement vaker wel partijen zijn die er interesse in hebben. Dat zal met name komen door die zuiverende werking van faillissement. Het is iets wat me opvalt, dat partijen vaak niet willen voor faillissement en na faillissement toch wel. Het gebeurt heel vaak dat een DGA met een partij komt aanzetten die het wel wil overnemen. Die DGA komt eigenlijk met een verhaal dat te mooi is om waar te zijn. En als die DGA zich dan focust op die ene koper, gebeurt het vaak dat hij aan het lijntje wordt gehouden. De voorwaarden worden steeds een stukje verder uitgekleed, en dan moeten ze toch nog wat meer weten en is er wat onzeker en ik denk dat we er wel uitkomen maar het duurt nog wel langer. Nou, op een gegeven moment gaat zo'n bedrijf failliet en dan staat diezelfde partij vooraan bij de curator. Dat gebeurt vaak.'

Een bestuurder: 'Men heeft de focus teveel op fraude. Ik onderken dat faillissementsfraude plaatsvindt, maar daar is al het nodige aan gebeurd. Nu ontstaan er heksenjachten naar bestuurders, terwijl het overgrote deel liever niet failliet gaat. INSOLAD profileert zich ook als de investigator. Dat draagt niet bij aan de maatschappelijk beeldvorming over faillissementen. De focus ligt daar te weinig op de expertise van curatoren.'

Een curator: 'Ik heb één keer een pre-pack meegemaakt waarbij het heel nadrukkelijk de bedoeling was dat er een doorstart zou plaatsvinden om personeel kwijt te raken. Ik heb tegen de ondernemer gezegd: 'ondernemer, als dit de enige reden is om een doorstart te realiseren, heb jij zo meteen een handtekening nodig om dat te faciliteren en dan doe ik niet mee.' Vervolgens heb ik mijn rol neergelegd, zijn ze niet in surseance geraakt, maar zijn ze in faillissement geraakt. Dat was wel echt de hoge uitzondering. Ik ben nu 25 jaar curator. Ik heb dat eenmaal heel duidelijk meegemaakt, maar ik heb ook daar niet zelf kunnen constateren dat enkel om van werknemers af te raken het faillissement werd aangevraagd.'

Een advocaat: 'Er is geen herstructurering in mijn praktijk geweest die alleen maar gericht was op het afscheid nemen van de werknemers om in een doorstart in een afgeslankte organisatie verder te gaan. Dat is niet zoals dit werkt. Waar het uiteindelijk om gaat, is kijken naar hoe je een business die niet meer werkt, succesvol kunt brengen naar een organisatie die wel werkt. En dat gaat gepaard met het afscheid nemen van werknemers. Wij adviseren best vaak over hoe je dat zou moeten doen. En ons advies is ook nooit, gooi alle oude mensen eruit. Want dat is uiteindelijk meestal het geweten van je onderneming. Als je kijkt naar de mechaniek van herstructureren, dan gaat het nooit over het lozen van werknemers. Het gaat om het redden van een onderneming waarbij het gevolg ervan kan zijn dat er minder arbeidsplaatsen zullen zijn.'

Een advocaat: ‘Er zijn wel faillissementen denk ik waarbij er een opzet is om het faillissement te gebruiken voor een operationele herstructurering in de personeelssfeer. Maar niet bij hele grote ondernemingen.’

Een curator: ‘De meeste faillissementen die binnenkomen betreffen geen gebruik van het faillissement om van personeel af te komen. Er spelen veelal andere problemen. Het is altijd een combinatie van factoren. Werknemers zijn een aspect, maar slechts een steentje in het geheel. Omdat het personeelsbestand in tegenstelling tot banken en crediteuren een beïnvloedbare factor is, kijken werkgevers daar veelal als eerste naar. Het zal echter niet op zichzelf een oorzaak van faillissement zijn. De meeste ondernemers zullen dus niet uitgaan van een gebruik van het faillissement om personeel te lozen. Het afstellen van je beleid daarop is ook niet wenselijk. Gelet op de risico’s die bij een dergelijk gebruik komen kijken – bestuurdersaansprakelijkheid -, is de advisering ook om daarmee op te letten. Het gebeurt dat er ondernemers binnenkomen die om een faillissement vragen, en naar buiten lopen met een andere visie.’

Een curator: ‘In mijn ervaring zal je zelden adviseren om door het faillissement heen te gaan om met een schone lei te kunnen beginnen. Een faillissement werkt zo beschadigend voor je markt en je reputatie en klantenbestand, dat je hele goede argumenten moet hebben om dat te doen. Bovendien mislukken doorstarts na faillissement heel vaak. Je moet als doorstarter maar hopen dat het gaat lukken. Maar mijn ervaring is dat misbruik van bevoegdheid het faillissement aan te vragen om daarmee personeel te lozen, zelden voorkomt.’

Een vakbondsbestuurder: ‘Bij alle faillissementen en bij een pre-pack in het bijzonder is de prikkel dat het heel aantrekkelijk is om met een faillissementsaanvraag te komen, omdat de werkgever dan helemaal niet hoeft te reorganiseren volgens de normale gang van zaken. Een werkgever die het wel goed doet, betaalt de hoofdprijs. Want ja, als wij een sterke positie hebben, dan gaan we niet met de transitievergoeding akkoord en wil ik bovendien een outplacement erbij en dergelijke. Ze laten een paar schuldeisers oplopen, dan kunnen ze een faillissement aanvragen, en dan zijn ze van het hele geneuzel af, van die hele vakbond en van goed werkgeverschap.’

Een vakbondsbestuurder: ‘Een pre-pack geeft de mogelijkheden om sommige of alle stakeholders te negeren en hun belangen daarmee te negeren, en de input te negeren en de medezeggenschap daarop te negeren. Dan zal je altijd situaties krijgen dat er misbruik van wordt gemaakt. Ik vind dat de Faillissementswet misbruikt wordt door de pre-pack zoals die nou is. Dus zou je moeten kijken naar wat er goed aan de pre-pack is en wat uitnodigt tot verkeerd handelen. Dat is juridisch lastig. De oplossing moet de wetgever gaan bedenken, over wat wenselijk is, wat het goede in de pre-pack is, wat we kunnen behouden zonder de deur open te zetten voor onwenselijk gedrag. Als je failliet gaat om door te starten, dan probeer je altijd reorganisaties te omzeilen. En dat is niet wenselijk.’

Een curator: ‘Wanneer een pre-pack uitsluitend en alleen wordt benut voor een doorstart met zittende aandeelhouders, heeft het de zweem van benadeling van werknemers. In het merendeel van de pre-packs is het een activa-transactie met een willekeurige partij uit de markt. Bij doorstarts moet veel kritischer worden gekeken naar het werkgelegenheidsaspect

om objectief te kunnen beoordelen of het afvloeien van werknemers een belangrijk onderdeel is. Er zijn echter vaak meerdere oorzaken. De kosten van het personeel zijn slechts een onderdeel. Als de markt moeilijk te verkennen is, dan behoort de curator in het pre-pack traject terughoudend te zijn wanneer een van de aandeelhouders een doorstart als motief heeft. Dan moet de curator wellicht de opdracht terugleggen bij de rechtbank.'

Surseance of faillissement als (laatste) middel? (paragraaf 3.3.3.2)

De volgende uitlatingen laten het spanningsveld zien tussen het beeld dat het faillissement een makkelijk begaanbare route vormt om goedkoop van personeel af te komen en het beeld dat een faillissement een niet makkelijk begaanbare route is en juist als allerlaatste middel heeft te gelden.

Eerst twee citaten van vakbondszijde. Een vakbondsbestuurder stelde: 'Wat ik kwijt wil, is hoe makkelijk het uiteindelijk is voor multinationals om van een Nederlands bedrijf af te komen en de problemen bij de werknemers achter te laten.' Een andere vakbondsbestuurder: 'Ik denk dat bedrijven vaker zullen kiezen voor een surseance om geen transitievergoeding hoeven te betalen. Er zijn natuurlijk ook bedrijven die het echt niet kunnen betalen, bij wie het water al lang aan de lippen staat. En dan noodgedwongen in een surseance geraken. Soms grijpt men te laat in. Ik heb met huilende ondernemers aan tafel gezeten, de curator had hen alles afgenomen. Maar ik denk bij mezelf; je bent toch ondernemer? Had een jaar eerder aan de bel getrokken, dan hadden we misschien wel een oplossing gevonden. Een deel van de ondernemers steekt z'n kop te lang in het zand, bewust of onbewust.'

Het laatste citaat gaat aan het slot in op wat vaker werd opgemerkt, namelijk dat ondernemers soms (te) lang wachten met het nemen van ingrijpende maatregelen. Een bestuurder van een onderneming: 'Bedrijven in problemen proberen (te) lang de zaak te redden tot op het moment dat geen geld meer beschikbaar is voor reorganisatie of innovatie. Om dan nog een bedrijf in economische zin te herstructureren en van personeel af te komen, dan is een faillissement de enige oplossing. In de praktijk struikelen we bij het redden van bedrijven over regels die er zijn om werknemers te beschermen tegen gekken die het niet zo nauw nemen met de werknemers. Voor normale oude bedrijven is dat heel moeilijk. De oplossing die het faillissement dan biedt, is voor het werknemersbestand ook niet de ideale weg.'

Een vakbondsbestuurder: 'Als je een verliesgevend bedrijf hebt, dan moet je reorganiseren niet via een faillissement doen. Je moet zorgen dat je of een betere prijs kan maken, of slimmer kan werken, of goedkoper kan werken. Een faillissement is niet de oplossing voor een verliesgevend bedrijf, maar een eindstation. Als je failliet gaat om op dezelfde wijze door te starten, dan probeer je altijd reorganisaties te omzeilen. En dat is niet wenselijk. Wij zijn als vakbond niet tegen reorganiseren, we vinden het niet leuk, onze leden vinden het niet leuk, maar af en toe moet dat. Een pre-pack staat bij mij voor een bewust aansturen op de faillissementssituatie op een manier die maakt dat je in control blijft. Dus het overkomt je niet, maar je zet de stakeholders buiten spel met een stille bewindvoerder, die daar gespecialiseerd in is. Deze bewindvoerders maken er hun core business van om stakeholders buitenspel te zetten voor het eigen financiële gewin. Dat geldt dus voor die gevallen waarin het oud-bestuur of de oud-aandeelhouder door wil en bij een pre-pack is dat dus zo.'

Een ondernemer: 'Onze insteek was dat we op zich een goede club mensen hadden die we niet kwijt wilden. We wilden bovendien niet graag een faillissement op onze naam hebben staan. De meest makkelijke en financieel kortste en voordeligste klap hoeft niet altijd de beste te zijn. Loyaliteit jegens de onderneming speelt mee en ook de vraag of een doorstart lukt. Er zijn snel kapers op de kust.'

Een vakbondsbestuurder vertolkte het werknemersperspectief als volgt: 'Mensen die een faillissement meemaken, die lopen echt een litteken op. Dat is heel erg naar en vervelend.'

Een bankier: 'Je moet niet vergeten dat een faillissement makkelijk klinkt, maar een heleboel downsides kent. Er zit een heleboel aan vast. Als we het kunnen vermijden, doe dat alsjeblieft. Een faillissement is een conflictmodel.'

Over de gedachte van een faillissement als niet te prefereren conflictmodel spraken ook anderen en wel meer specifiek over het risico van het aansprakelijk gesteld worden.
Een advocaat van een ondernemingsraad: 'In de praktijk is een doorstart in faillissement best ingewikkeld. Er hangt ook nog een bestuurdersaansprakelijkheid boven het dossier. Het klinkt heel makkelijk, maar je moet het heel goed voorbereiden.'
Een bestuurder: 'Als bestuurder loop je het risico om jarenlang achtervolgd te worden door curatoren met een procedure over bestuurdersaansprakelijkheid waarbij de curatoren vervolgens ongelijk krijgen.'

Een paar reacties omtrent het thema van de mogelijkheid om de surseance voor een doorstart te benutten:
Een curator: 'Ik zou graag een met het faillissement vergelijkbare regeling in surseance hebben. In de praktijk zie je dat doorstarts en activatransacties vanuit faillissement wel gebeuren en dat surseances eigenlijk nooit slagen. Dat komt door het aspect dat je wel een akkoord kan treffen met je crediteuren en dat je van je huurcontracten af kan, maar dat je niet van de werknemers afkunt in surseance.'

Een bankier: 'Negen van de tien surseances eindigen in faillissement, omdat de surseance eigenlijk gewoon niet werkt. Althans, niet waarvoor het ooit bedoeld is. Daar biedt de pre-pack dan wel weer een deel van de oplossingen in. In de praktijk gebruiken we het woord surseance vaak als je discussie hebt tussen bestuur en aandeelhouders, omdat je als bestuur niet het faillissement kunt aanvragen, maar wel de surseance. Dan is de surseance gewoon het voortraject.'

Een bedrijfsjurist: 'Een surseance of een faillissement heeft op geen enkele manier een positief effect want er gaat iemand op die stoel zitten die er geen verstand van heeft, die het op een theoretische manier gaat aanvliegen en in feite als het erop aankomt het belang van de fiscus en de banken heeft en verder niet, even heel kort door de bocht. En dat heeft misschien ook wel gemaakt dat wij dat nooit hebben gezien als een positieve optie. Je geeft toch de controle weg en je moet maar afwachten wie het is. Want je hebt zelf niks te zeggen over wie er als bewindvoerder of curator benoemd wordt. Je moet maar zien wie je krijgt en wat de achtergrond van die persoon is.'

Een curator: ‘Ik denk niet dat mensen graag failliet gaan. Het grote probleem bij faillissement is dat je alle macht kwijtraakt. Curatorenland bestaat globaal uit twee soorten: je hebt afwikkelaars en doorstarters. Doorstarters zijn vooruitkijkers en afwikkelaars zijn achteruitkijkers, die doen de deur dicht. Ik kan me best voorstellen dat als je moet samenwerken in een pre-pack situatie, de rechtbank vraagt: wie had u gedacht als beoogd curator?’

Een curator: ‘Bij alle discussie over de pre-pack mis ik het uitgangspunt dat het een ongezonde onderneming was. Niemand doet een pre-pack voor zijn lol. Ik heb nog nooit iemand meegemaakt die voor zijn lol failliet gaat. Er zijn vaak journalisten die vragen, ben je voor de schuldeisers of voor het personeel? Dat zijn bijna nooit tegenstrijdige belangen. Ik heb maar één keer meegemaakt, bij een klein machinefabriekje: er waren twee potentiële kopers, de ene zei dat hij veel voor de spullen wilde betalen, boven taxatiewaarde, maar hij wilde geen personeel; de ander zei, geef mij dat personeelbestand, maar voor die spullen heb ik niks over. Toen gingen we rekenen, en het tweede bod was het beste voor de crediteuren. Als je een groot gedeelte van het personeel weet over te dragen met terugwerkende kracht tot de faillissementsdatum, dan ben je de boedelschuld kwijt. Wanneer de curator geen boedelschuld heeft, dan is hij een blij mens.’

Een bankier: ‘Er zijn natuurlijk gewoon bedrijven die absoluut geen bestaansrecht meer hebben. Er zijn dan mogelijkheden om onder een nieuwe eigenaar bepaalde activiteiten door te zetten. Die eigenaar wil met een schone lei beginnen en die gebruikt daarvoor het faillissementsrecht. Ja, dan zeg ik, er wordt gebruik gemaakt van faillissementsrecht, en niet per definitie misbruik van gemaakt. Maar goed, het bedrijf is in de problemen gekomen en dan kom je op de klassieke vraag: moet je nou ieders werk op het spel zetten of is het mogelijk om voor een beperkt aantal toch nog in ieder geval continuïteit te krijgen. Het zal je niet verbazen dat wij best wel eens situaties zien waarvan wij denken “zo’n pre-pack is toch heel verstandig”. Ik denk absoluut dat een voorbereide doorstart een veel grotere slagingskans heeft, dat het veel beter lukt om je bestaande klantrelaties te behouden, dat contracten overeind kunnen blijven, dus wat dat betreft kun je dat veel beter voorbereiden. Dat is onze ervaring.’

In het vorige citaat wordt algemeen gesteld dat er situaties kunnen zijn waarbij een pre-pack verstandig kan zijn. De volgende citaten zeggen iets meer over de aard van de bedoelde situatie.
Een curator: ‘Pre-packs zijn alleen onder bijzondere omstandigheden geïndiceerd. De belangen moeten verder gaan dan dat je in stilte een situatie kunt bewerkstellingen waarin na het uitspreken van het faillissement er al een oplossing is. Bijvoorbeeld bij de zorg voor kinderen in de kinderopvang, daar ontstaat veel onrust en commotie als het in één klap stuurloos wordt. Dus onder dat soort specifieke omstandigheden snap ik dat je voor de pre-pack kiest. Ook crediteurenbelangen spelen uiteraard een grote rol. Want waarom doe je dat soort dingen? Om de maximale opbrengst te genereren en dat doe je weer ten behoeve van de crediteuren. Maar de eerste insteek zou voor mij zijn de maatschappelijke onrust en de maatschappelijke schade die ontstaat als gevolg van het omvallen.’

Een curator: ‘Een van de bezwaren tegen de pre-pack is dat een aandeelhouder zou kunnen denken na faillissement op een betrekkelijk gemakkelijke wijze de beste onderdelen van de onderneming te kunnen kopen. Ik zie dat wel. Een voordeel van de pre-pack is er in een situatie waarbij er druk komt om de onderneming voort te zetten. De pre-pack kan een veel beter financieel resultaat bereiken dan het geval zou zijn geweest bij een klassieke doorstart. Als de onderneming direct in faillissement is, heb je de tijd niet om dat resultaat te verbeteren, want dan biedt men de liquidatiewaarde na faillissement.’

Het laatste citaat verwijst naar een bezwaar tegen een pre-pack zonder nadere regels en het voordeel van deze aanpak. Dat er regels moeten zijn, treft men ook in de volgende citaten.
Een bankier: ‘Ik denk dat de onzekerheid rondom de pre-pack, in hoeverre dat wel of niet geaccepteerd is, parten speelt. Als het meer gestructureerd zou zijn, is het makkelijker om de pre-pack eerder in te zetten zodat je meer bedrijven kan redden. En nogmaals, met de kanttekening dat er goede regels moeten zijn. Zoals het nu is, is er veel onzekerheid, waardoor er uitstel is, waardoor het dan vaak te laat komt. We focussen in Nederland heel erg op de 50% die op straat komen te staan. En dan denk ik van ja, maar die andere 50%?’
Een vakbondsbestuurder: ‘Wij zijn voor werkgelegenheid, maar niet voor onzinnige werkgelegenheid. Als een bedrijf niet z’n eigen broek kan ophouden, moet hij er mee stoppen. Daar hebben we goede regels voor, we hebben de WW, we hebben de bijstand. Hoe pijnlijk het ook is, we kunnen mensen laten solliciteren, we helpen mensen ook daarmee. Maar dat is dan de realiteit. De voordelen van een pre-pack wegen niet op tegen de nadelen en de risico’s van de nadelen. Werkgevers zijn, uitzonderingen daargelaten, allemaal geld gestuurd. Als je winstmaximalisatie als enige doel hebt, dan vergeet je hoe je met je werknemers om moet gaan. De medezeggenschap is bij een pre-pack weg. De vakbonden worden er volledig buiten gehouden.’

Een blik over de grens is te vinden in de quote van een advocaat: ‘Duitsland is denk ik beter in de voorfase. Je wordt daar als bestuur sneller gedwongen om na te denken over de toekomst, simpelweg omdat daar mechaniek in de wetgeving zit op grond waarvan het bestuur een melding moet doen. Bij ons is melding van betalingsonmacht een startpunt, maar dan is het eigenlijk al veel te laat. In Duitsland moet je echt actief je balans managen en anders moet je binnen drie weken je eigen faillissement aanvragen.’

Ook de volgende twee citaten hebben een grensoverschrijdend karakter.
Een bankier: ‘In Nederland hebben wij het faillissementsrecht zo ingericht, dat pas als je de allerlaatste eurocent hebt uitgedeeld, je failliet gaat. In het Amerikaanse, het Engelse, het Franse of het Duitse systeem is het moment dat het insolventierecht in werking treedt, veel eerder. Dus dan zijn er veel meer mogelijkheden en is die onderneming ook een stuk meer going concern dan in Nederland het geval is. Als een onderneming meer een going concern karakter heeft, dan kan ik me best voorstellen dat je verschillende beschermingsmaatregelen voor werknemers inbouwt. In Nederland is in principe als het bedrijf failliet gaat alles verloren en dan moet je blij zijn als er nog een partij is die er nog geld in wil steken. Als de doorstarter dan ook nog gehouden zou zijn aan allerlei afspiegelingssystemen en werknemersbescherming, dan kun je de vraag stellen of dat een handige manier is. Als je vraagt wat er met de positie van werknemers moet gebeuren, dan is mijn antwoord: dan moet je een stapje verder terug naar de basis: wat willen we met ons Nederlands faillissements-

recht? Wanneer willen we dat iemand failleert? Als alles opgebrand is? Of gaan we meer richting het trans-Atlantische systeem? Je moet beide systemen niet in een soort mengeling met elkaar verwarren. Meer arbeidsrechtelijke bescherming in de relatie tot een doorstartende partij kan wel, maar dan moet je ook eerder failliet.'
Een curator gaf aan dat er in ons land regelgeving moet komen die de pre-pack faciliteert (zoals beoogd in WCO I) en dat een dergelijke aanpak bij de grote bedrijven er anders toch komt na het verplaatsen van de zetel naar elders: 'Zonder een pre-pack in Nederland krijg je bij de hele grote zaken internationale forumshopping. Men verplaatst de zetel bijvoorbeeld naar het Verenigd Koninkrijk. Dat moet je gewoon niet willen.'

De rol van de banken

De banken hebben in hun rol van financiers van het bedrijfsleven als zodanig geen directe positie jegens de werknemers of betrokken ondernemingsraden en vakbonden. De opstelling van de banken is wel regelmatig medebepalend voor de mate waarin een onderneming in of buiten faillissement reorganiseert en geld ter beschikking heeft voor afvloeiingsregelingen. De banken hebben aldus indirect een zekere invloed op de materie die in deelvraag acht op tafel ligt. Wij hebben daarom gemeend er goed aan te doen in bijlage 6 de citaten te vermelden die betrekking hebben op de tijdigheid van ingrijpen in samenhang met het geld kunnen vrijmaken voor een sociaal plan (de rol van de banken bij een informele reorganisatie) en de citaten die ingaan op de positie die de banken innemen ten aanzien van een doorstart uit faillissement (de rol van de banken bij een formele reorganisatie).

De rol van de banken bij een informele reorganisatie
Een bankier: 'Eigenlijk laten we het traject met het personeel toch vooral aan het management over. Wij hebben geen direct contact met werknemersorganisaties. Het is het management die daar in zit en dan zie je vaak dat het zo belangrijk is hoe die verhouding tussen het management en het personeel is.'

Een bankier: 'Wij gaan niet op de stoel van de ondernemer zitten.'

Een bankier: 'Je ziet vaak in de praktijk bij bedrijven waar het niet goed gaat dat het management oogkleppen op heeft, of niet durft door te pakken of de problemen niet onderkent en denkt 'het komt wel weer goed'. En dat ingrijpen inderdaad te laat komt. En dat er ook geen geld meer is voor een sociaal plan en noem maar op. Voor afspiegelen en een sociaal plan heb je tijd nodig en geld. Het gebeurt wel dat men ons vraagt te financieren, maar dan is het meer onderdeel van een totaal herstructureringsplan. We zeggen dan heel vaak 'het gaat niet goed, je hebt twee jaar op rij verlies gemaakt' of er zijn andere problemen, hoe ga je dit oplossen? En dan is het de bedoeling dat er ook dingen op papier worden gezet, om er een soort plan van te maken om dat op te lossen. Wat zich dan ook weer moet vertalen in prognoses die er goed uitzien, of in ieder geval een redelijke kans hebben om dat te doen. En dan kan het wel zijn dat een sociaal plan een onderdeel is van de kosten die nog gemaakt moeten worden en dat er ook extra financiering bij moet komen om die hobbel te nemen. Als wij denken: het is niet op tijd gesignaleerd en dit is veel te laat en dit is al bijna bij het ravijn, dan wordt de financiering niet verstrekt. Want dat is goed geld naar kwaad geld gooien.'

Een bankier: ‘Ondernemers trekken vaak te laat aan de bel. Dat zie je heel sterk. In het ideaalplaatje ben je veel eerder aan boord. Maar in de praktijk werkt dat niet altijd, omdat er vaak weerstand is bij de ondernemer. De ondernemer is uit ander hout gesneden dan de bank, die staat er optimistischer in, die kijkt met een andere blik op de wereld, die heeft een hele sterke omzetfocus. Soms koop je tijd, dat doe je dan door additioneel te financieren als bank, door nog een noodkrediet te verstrekken, onder bepaalde voorwaarden, om iets voor elkaar te krijgen. En om een remweg te creëren. Maar ja, loonkosten zijn – zeker in diverse branches – een van de grootste kostenposten en daar moet je een langere remweg hebben dan dat je vaak nog hebt.’

Uit het volgende citaat spreekt een zekere angst om ingeval van een tegenvallende resultaatontwikkeling en navenante financiële moeilijkheden bij de financierende banken te biecht te gaan.
Een adviseur van de ondernemer stelde: ‘Wat zou helpen is dat banken minder snel het krediet zouden opzeggen. Want soms is het zo, dat als je daar heen gaat en je vertelt over de financiële problemen waar je mee bezig bent, dat de druk op de rode knop gaat en het betalingsverkeer gestopt wordt en in het verlengde daarvan het krediet wordt opgezegd.’
Een ander citaat geeft aan dat banken er juist eerder bij worden gehaald.
Een bankier: ‘Je zit als bank tegenwoordig veel eerder in het traject, dus veel eerder bij zo’n onderneming en je ziet dus ook de hele samenloop van omstandigheden die leiden tot zo’n faillissement. Wij bieden een zeker reorganiserend vermogen. Als een ondernemer er zelf niet uitkomt, zorg je dat die adviseurs heeft die een stukje objectiviteit kunnen bijbrengen. Dat zijn dan weer adviseurs, die kennis hebben van de wetgeving en die ook weten wat wel en niet kan. Zeker ook op werknemersgebied.’
Een derde citaat geeft aan dat dit thema casuïstisch is. Een bankier: ‘In mijn visie zit het vooral in dat proces van eerder ingrijpen, maar de praktijk is sterker dan de leer dus dat is heel casusspecifiek en dat heeft met een heleboel facetten te maken. Of nu daadwerkelijk de wet daarop moet worden aangepast, dat daar verbeteringen mogelijk zijn, dat weet ik niet.’

De rol van de banken bij een formele reorganisatie en wel meer in het bijzonder bij de doorstart uit faillissement

Uit de hieronder opgenomen citaten valt op te maken dat de geïnterviewde bankiers aangaven graag te zien dat er bij een doorstart sprake is van een biedingsproces. Bij een door de bank als gunstig beoordeelde koopprijs, zo gaven de geïnterviewde bankiers aan, zal een bank zich evenwel bij een doorstart door een gelieerde partij waarschijnlijk beperken tot de gedachte dat de taakopvatting van de curator een beslissende rol heeft.

Een bankier: ‘Een transparant proces is heel belangrijk. In het businessplan moet vertrouwen zijn. Er moet uiteindelijk een goede prijs worden betaald voor wat er verkocht wordt. De bank kijkt naar de vraag of de waarde van de verkochte activa in lijn is met de koopprijs. Als dat niet het geval is, dan verleen je niet snel medewerking. Het bankperspectief is in eerste instantie de prijs die betaald wordt. Als de prijs goed is, maar de markt is niet goed verkend en de bank springt er zelf goed uit, dan is dit een dilemma. Ik vermoed dat het er dan aan ligt hoe schimmig het uiteindelijk is. Uiteindelijk is het een curator die verkoopt en niet de bank. In beginsel maakt het dan geen verschil of het een externe partij is of een gelieerde partij. Als

er een goede deal ligt of een goede prijs wordt betaald, dan zou dat niet uit moeten maken, maar ja op het moment dat de markt niet goed verkend is, dan wordt het dubieus. Als er wel een goede prijs wordt betaald, zal de bank uiteindelijk in de meeste gevallen wel medewerking verlenen, omdat vertrouwd wordt op een curator die dat proces eerlijk en transparant moet begeleiden. Banken zijn bij sommige doorstarts of verkopen intensief betrokken, maar bij een hele hoop ook niet. De curator spreekt met de betrokken partijen en daar krijg je dan wat terugkoppeling op, maar je spreekt niet zelf met die partijen. Dus je moet vertrouwen op het systeem zoals het er is en op een curator die door de rechtbank wordt benoemd.'

Een bankier: 'In mijn visie zit het vooral in dat proces van eerder ingrijpen, maar de praktijk is sterker dan de leer dus dat is heel casusspecifiek en dat heeft met een heleboel facetten te maken. Of nu daadwerkelijk de wet daarop moet worden aangepast, dat daar verbeteringen mogelijk zijn, dat weet ik niet. Ik vind dat de pre-pack wel echt een voordeel schept. Het gaat uiteindelijk om de euro's die je binnenhaalt. Je trekt je vanuit je maatschappelijke rol wat aan van de werkgelegenheid, maar als de bedragen ver uit elkaar liggen, dan is de rekensom snel gemaakt. Als de biedingen wat dichter bij elkaar liggen, dan zie je dat die bieding met de werknemers wel de voorkeur heeft.'

Een bankier: 'Het behoud van werkgelegenheid speelt een rol in de afweging van de banken, maar het staat of valt uiteindelijk met de opbrengst die een doorstart realiseert. Gaat het om een zwakkere regio dan zal de bank doorgaans bereid zijn meer ruimte te bieden. De banken bemoeien zich niet met arbeidsvoorwaarden. Dat komt voor rekening van de onderneming zelf en de stille bewindvoerders.'

Een bankier: 'Werkgelegenheid speelt natuurlijk altijd wel een rol, maar het gaat met name om deugdelijke financiering verstrekken, ook aan de doorstarter. Wij kijken in een doorstart natuurlijk wat er voor de verschillende activa die aan ons in zekerheid zijn gegeven wordt betaald. En de curator heeft daar niet altijd hetzelfde belang. We kijken meer naar de liquiditeitsprognoses die onder de plannen liggen zodat je een sustainable business case hebt. Want dat is uiteindelijk waar je de financiering op verstrekt. Het is mooi als er meer personeel mee overgaat, maar het is niet per definitie doorslaggevend.'

Een bankier: 'Voor ons is het heel belangrijk als we meewerken aan de doorstart, dat er een proces is geweest. Het wordt tricky als de bestaande aandeelhouder zegt: de helft van het personeel eruit, ik kan de huurcontracten doorzetten en vervolgens gaan we vrolijk verder. Dat vinden wij heel lastig om daarin mee te gaan als dat met de bestaande aandeelhouder is. Dus dan willen wij, vanuit onze maatschappelijke rol, dat er een proces heeft plaatsgevonden. Dat er inderdaad gezocht is naar andere kopers. Als het echt er alleen maar om gaat de aandeelhouder in een betere positie te brengen, dan betekent dat ook dat er een andere partij in geïnteresseerd zou kunnen zijn. En als dat proces niet heeft gelopen, dan is dus geen sprake van een normaal corporate finance proces. Als er niet het gevoel is dat er een eerlijk proces is geweest, dan doen wij daar niet aan mee. Daar hebben we een soort van code of conduct voor. Want wij willen het ook uit kunnen leggen.'

Een bankier: 'Als bank heb je een maatschappelijke rol te spelen en die is breder dan alleen kijken naar ons verlies. Dan kijk je naar werkgelegenheid, dan kijk je naar andere zaken. Voor de recovery is het vaak het beste als je de onderneming als going concern kan laten overnemen.'
Een bankier: 'We bekijken als bank zakelijk hoe we een doorstart beoordelen, gewoon puur een afweging van kosten en baten. Wat halen we op in dit scenario en wat halen we op in dat scenario. Maar helemaal zo zwart/wit is het in de praktijk ook niet, omdat er ook wel maatschappelijke issues aan zitten. Als een bedrijf doorstart, is ook één van de voorwaarden van 'willen we daar aan meewerken'.'

Een bankier: 'Ons pre-pack beleid is dat we per casus kijken wat het beste is. Een pre-pack is de allerlaatste optie. Naarmate de schaal groter wordt, wordt het maatschappelijk belang echt een issue. Er is altijd een soort spagaat waar je in zit. Aan de ene kant wil je niet de stekker eruit trekken, dat belast ook je reputatie, maar als je te lang doorfinanciert dan heb je toch een potentiële lenders liability waar je tegenaan loopt. Soms worden we dus wel gedwongen om te stoppen.'

Een curator: 'Je hebt eigenlijk maar drie banken in Nederland en bij geen van die banken zie ik veel enthousiasme voor ongebreidelde kasrondjes op dit moment. Je hebt toch wel een aantal toetsingen binnen de banken die ook niet alleen maar economisch zijn, maar ook een bepaalde sociale component hebben en ook wel een toetsing op integriteit. De bank is overigens uiteindelijk geen filantropische instelling en laten we wel wezen, we hebben er ook belang bij dat de bank op zijn centjes past. Een bank moet wel netjes met dat geld omgaan en ik vind ook dat het de verantwoordelijkheid van de bank is dat men geen kredieten moet verlenen aan bedrijven die dat niet kunnen terugbetalen.'

Het afspiegelingsbeginsel en de informele reorganisatie (paragraaf 4.2.1)

Een bedrijfsjurist: 'Het afspiegelingsbeginsel, tja, je zou eigenlijk het liefste op kwaliteit kiezen. En op kwaliteit zul je niet altijd per se de langstzittende kiezen. Voor een deel doe je dat zelf door een bepaalde opbouw in je aannamebeleid. Als je een hele generatie van 55-plussers hebt zitten, dan heb je dat natuurlijk zelf ook gecreëerd. In een crisissituatie moet er meer flexibiliteit zijn. Zeker als het alles of niets is. Ik zou ook meer algemeen wel willen pleiten voor makkelijker bewegen van baan naar baan, in ieders belang. Ik vind het ook niet meer van deze tijd om dertig jaar op één plek te zitten.'

Een HR-manager: 'Binnen het afspiegelingsbeginsel kunnen we geen modus vinden waarin we recht kunnen doen aan de verdiencapaciteit van medewerkers. Want de oudere werknemers die al hun hele leven in deze sector werken, maar inmiddels gewoon problemen daarmee ondervinden, die behoud je dan en de verdieners die ontsla je.'

Een bestuurder van een onderneming: 'Waar ik heel veel moeite mee gehad heb, is dat als je met afspiegeling werkt, ja dat is de dood in de pot, dat is vreselijk. We kregen een afspiegeling waar ook een aantal gewoon slechte ongemotiveerde mensen in zaten, maar er waren geen dossiers opgebouwd dus we konden ook niet zeggen van: jij niet. Mensen die heel goed waren, hartstikke hard gewerkt hadden, die gingen er uit en stonden aan de poort te

huilen en dat is echt erg hoor. Dat is dramatisch. Wat er daarna gebeurde, is dat we gezegd hebben tegen de productieleider: we gaan er nu wel bovenop zitten. Als mensen niet functioneren, meteen een brief eroverheen, dossieropbouw. Dus meteen cultuurverandering proberen ingevuld te krijgen. Het afspiegelingsprincipe is een dramatisch principe.'

Een bestuurder van een onderneming had gekeken naar de nieuwe regeling van het groepsbegrip in de huidige Ontslagregeling en stelde: 'De ondernemersvrijheid om te zorgen dat de organisatie die overblijft kwalitatief goed is, is nihil. Je moet bij reorganisaties zelfs nog naar zustermaatschappijen kijken, je moet ook naar tijdelijke functies in zustermaatschappijen kijken. De nieuwe ontslagregeling is een kluwen geworden. Op dit punt valt er nog wel wat winst te behalen. Als je in een situatie terecht komt, waarin je met elkaar naar een nieuwe organisatie wil – is het niet een nieuw arbeidsvoorwaardenpakket, dan toch een nieuwe inrichting van je organisatie volgens de laatste inzichten – , dan bereik je dat niet met de Ontslagregeling die is uitgevaardigd op grond van de Wwz.'

De versobering van arbeidsvoorwaarden en WCO II (paragraaf 4.2.2)

Een HR-manager: 'Wat je ziet bij de ondernemingsraad, die is inderdaad wel zoekende naar wat kunnen we doen. Die zijn denk ik wel bereid om uiteindelijk geld in te leveren in ruil voor een baangarantie. De vakbonden zeggen bijvoorbeeld: die ADV-dagen inleveren is onbespreekbaar, terwijl dat eigenlijk, dat is een afspraak die onder het cao-niveau doorgaat, ons wel het meeste oplevert. En de vakbond zegt: nou, dat gaat hem gewoon niet worden, want dat gaat tegen de cao in en het belang van ons als sprekers voor heel werkend Nederland is belangrijker dan het overleven van dit bedrijf. In informele overleggen wordt dat expliciet zo gezegd. Ik snap dat de overheid geen wetgeving kan maken op alle uitzonderingsgevallen, dat dit heel lastig is. Ik snap ook dat bonden zich star opstellen, want de ene activiteit die schept geen precedent voor de ander, maar het plaatje bij elkaar maakt wel dat wij uiteindelijk gewoon failliet gingen.'

Een bestuurder van een onderneming: 'Ik geloof niet in structurele loonoffers. Ik vind het heel slecht als je dat als werkgever doet. Om te beginnen is het zo dat mensen goed ingeschaald moeten zijn. Maar als je het toch doet, dan vind ik dat je die mensen daar ook iets voor moet terugbieden. Als je zegt: jij moet wat geven want anders loop je kans dat je je baan kwijtraakt, want dan gaan we met zijn allen naar de kelder. Moet ik dat tegen die mensen zeggen? Je moet bijvoorbeeld 5% inleveren en dan bied ik jou de zekerheid dat je hier kan blijven werken? Terwijl ik die zekerheid niet heb? Stel je voor dat we opnieuw zouden moeten saneren omdat 5% niet genoeg is, dan moet je vervolgens iemand gaan ontslaan waartegen je toen hebt gezegd dat hij mocht blijven. En daarnaast: als je iemand dan 5% vraagt te verschralen, dan verschraalt hij 5%, vervolgens ontsla je hem en dan heb je hem ook nog te pakken in zijn WW-uitkering. Dan heb je niet eerlijk gehandeld.'

Een advocaat: 'Bij een loonoffer zou het een oplossing kunnen zijn om vanuit het UWV duidelijkheid te krijgen over of er een WW-uitkering wordt toegekend op basis van het oude salaris of het tijdelijk gekorte salaris. In een bepaald geval betreffende een loonoffer heeft het merendeel van het personeel indertijd tegen gestemd vanwege het risico op een lagere WW bij alsnog faillissement. Over dit thema oordeelt het UWV heel verschillend. Het ene UWV

oordeelt op basis van het oude loon en het andere UWV op basis van het gekorte loon. Als het gaat om een tijdelijk loonoffer is het absurd dat het UWV uitgaat van het gekorte feitelijke loon, want er ligt gewoon een contract voor die 100%.‘

Een advocaat wees op de rechtspraak rondom art. 7:611 BW (het goed werkgeverschap en het goed werknemerschap) en art. 7:613 BW (het eenzijdig wijzigingsbeding) en de maatstaven die uit deze bepalingen voortvloeien voor het eenzijdig kunnen doorvoeren van een versobering van de arbeidsvoorwaarden en legde een verband met de druk die er onder omstandigheden is om via een faillissement door te starten: ‘Wanneer is sprake van een zwaarwichtig belang? Wat is een redelijk voorstel tot salarisverlaging? Hoe ver moet je als bedrijf zijn weggezonken? Een deel van de achtergrond van de succesformule van de pre-pack als een doorstart in faillissement is de hoge meetlat voor een buiten faillissement kunnen doorvoeren van een salarisverlaging. In zo verre als de personeelskosten een probleem zijn, wordt je bijna in de pre-pack geduwd. Het leerstuk van de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden zouden we nog wat meer handen en voeten moeten geven.’

Een advocaat: ‘Het lijkt me een goed idee dat de arbeidsovereenkomst op eigen wijze meedoet in de voorstellen voor het dwangakkoord. Wat is er op tegen om te zeggen dat je arbeidscontracten kan openbreken als een bepaalde ruime meerderheid daar voor is. Dus alleen de eigen groep werknemers kan bewerkstelligen dat er een neerwaartse aanpassing van arbeidsvoorwaarden komt. Je hebt bijvoorbeeld 100 werknemers. Als dan 90 van de 100 zeggen: oké, we krijgen allemaal iets minder salaris, dan geldt dit ook voor de andere 10%. Ik zou de ondergrens leggen bij 75%, misschien zelfs bij 60%. Dat is ook democratie. En democratie is soms gewoon het ofwel accepteren of niet en als er dan bij een niet aanvaarden nog een vangnetbepaling komt ten aanzien van een uitkering, everybody wins.’

Een advocaat: ‘Het scheppen van de mogelijkheid om een loonoffer door te voeren indien een nader bepaalde meerderheid instemt, is een lastig onderwerp. Loon is de meest primaire arbeidsvoorwaarde van een werknemer en je kan niet in iemands portemonnee kijken. Dat moet je afwegen tegen de kant dat als het loonoffer niet wordt geaccordeerd het een echt faillissement zou zijn. Dus vanuit de collectiviteit en solidariteitsgedachte denk ik dat het wel een goede ontwikkeling zou zijn. Al heeft dat ook zeker zijn haken en ogen.’

Een ondernemer: ’Daar zou wel een soort ordelijkheid in moeten zitten. Een arbeidsovereenkomst moet je niet te snel bij het grof vuil zetten. Het moet echt je laatste optie zijn. Bij huurovereenkomsten is het makkelijker om ‘ja’ tegen een dwangakkoord te zeggen dan bij de arbeidsovereenkomst.’

Een advocaat: ‘Ik denk dat er in economische noodsituaties de mogelijkheid zou moeten zijn om, met alle waarborgen omkleed, een loonmatiging af te dwingen. Nu heb je eigenlijk alleen de keuze voor collectief ontslag. Ik realiseer me dat je wellicht hier extra waarborgen moet instellen vanwege het feit dat werknemers kwetsbaar zijn. Hoe dat er helemaal uit zou moeten zien, vraag me dat niet.’

Een bankier: ‘Het voorstel om een dwangakkoord buiten faillissement te regelen, vind ik niet heel belangrijk. Het is hetzelfde als met het personeel. Je hebt bepaalde afspraken, dat geeft

ook rechtszekerheid. Als ik met jou een contract afsluit, dan kan ik er van op aan dat dit contract nagekomen wordt.’

Een bankier: ‘Het zou natuurlijk een hele schop geven onder ons wettelijke systeem als je de arbeidsovereenkomsten buiten faillissement kunt openbreken. Zeker in arbeidsintensieve branches waar de markt nog niet omhoog beweegt, denk ik dat een heleboel klanten de vlag uit zouden hangen als dat zou gebeuren. Het geeft wel natuurlijk een heleboel onzekerheid. Misschien dat een paar grote faillissementen op die manier wellicht voorkomen hadden kunnen worden, maar niet meer dan een paar. Als alle stakeholders zeggen daarmee in te stemmen, omdat het rekenkundige voorbeeld van wat ik anders zou krijgen veel slechter uitvalt, ja dan zou je een arbeidsovereenkomst natuurlijk gelijk kunnen behandelen met alle andere duurovereenkomsten. Maar het is technisch ingewikkeld.’

Een bankier: ‘Een dwangakkoord moet niet makkelijk inzetbaar zijn en als het personeel daarin wordt betrokken, laat de stem bij het personeel zelf en stel een ondergrens aan de benodigde meerderheid, bijvoorbeeld 75%. Misschien moet je dan ook afspreken: het gaat nu slecht, we moeten inleveren, maar over twee jaar gaat het wellicht weer beter, we leveren nu in onder de voorwaarde dat als de cijfers het toelaten, krijgen wij wat we nu inleveren weer terug vermeerderd met een redelijke rente of iets anders.’

Een ondernemer: ‘De ondernemingsraad heeft niet formeel geadviseerd of ingestemd met het loonoffer, maar zij zijn wel overal in betrokken en hebben informele toestemming gegeven om het te doen. Ze vonden het erg lastig. Eigenlijk ben je individuele overeenkomsten aan het aanpassen. Ze vroegen zich ook af: ‘Wat hebben wij daar als rol en taak in?’ We hebben ze meegenomen in dat proces en zij waren ook voorstander van de keuze om dit te doen, in plaats van faillissement. Binnen onze organisatie waren veel mensen die heel lang voor de organisatie werkten en daar zat ook echt een binding. Dus de loyaliteit was heel hoog.’

Een vakbondsbestuurder: ‘Als je een loonoffer moet doen, omdat er een faillissement heeft plaatsgevonden, maar weigert vanwege dat lagere salaris, dan sta je als werknemer met de rug tegen de muur. Want als de werknemer namelijk de werkzaamheden weigert, dan staat dat gelijk aan werk weigeren waarmee je het recht op een WW-uitkering kan verspillen. Dat betekent dat de werknemer eigenlijk geen keus heeft. Dat is niet juist, in ieder geval moet bij niet aanvaarding van een lager arbeidsvoorwaardenpakket sprake zijn van een niet verwijtbaar werkloos worden/zijn in de zin van de WW.’

De volgende vakbondsbestuurder had voor ogen dat in een surseance en faillissement niet langer een transitievergoeding verschuldigd is (art. 7:673c lid 1 BW). Deze vakbondsbestuurder kwam met de volgende aanpak: ‘Je zou kunnen regelen dat ondernemingen aan een fonds premies afdragen waardoor zeker wordt gesteld dat bij faillissementen werknemers die in de doorstart niet mee kunnen een transitievergoeding krijgen. Dit wordt dus niet afgerekend bij de doorstart, maar de werkgevers betalen premie en als bij een faillissement mensen niet meekunnen, krijgen ze de transitievergoeding vanuit het fonds om hen weer mobiel te krijgen op de arbeidsmarkt. En zo zorg je er ook voor dat die werkgever, door een bijdrage te leveren, solidair is.’

De inrichting van de pre-pack procedure (paragraaf 4.3.1)

Een bankier: ‘Twee jaar terug stond de pre-pack nog in de kinderschoenen. We hebben nu een veel meer afgewogen oordeel over een pre-pack. Tegenwoordig doet de bank navraag naar hoe men de pre-pack gaat doen. Want uiteindelijk doet een verkeerde aanpak de onderneming ook geen goed, er komt weerstand. Het is voorts belangrijk dat een beoogd curator voldoende onderzoek doet naar wie de verschillende mogelijke overnemende partijen zijn.’

Een vakbondsbestuurder: ‘Laat niet toe dat men zonder de markt te verkennen slechts met een gelieerde partij in zee gaat en al helemaal niet als niet is gekozen voor een oplossing waarbij zoveel mogelijk personeel een baan behoudt. Bewindvoerders en curatoren behoren hier een rol in te spelen. Als je zonder biedingsproces met de enige partij in zee gaat die zich gemeld heeft, namelijk dezelfde oude werkgever, en het betreft een doorstart met behoud van vrijwel geen banen, dan denk ik: had andere bedrijven de kans gegeven die brood hadden gezien in het bedrijf, wellicht hadden we scenario’s op tafel gekregen waarin meer behoud van werkgelegenheid aan de orde was geweest.’

Een advocaat: ‘Een faillissement heeft een zeker reinigend karakter. Want het is openbaar, er wordt verslag van gedaan en het betekent meestal dat ook andere ondernemers een kans hebben om te kijken van: nou, die activiteit kan ik misschien wel bij mijn activiteit voegen of wat dan ook, wat weer een ander de kans geeft.’

Een vakbondsbestuurder: ‘De eenvoud van een misbruik van de Faillissementswet in de pre-pack, die is zo aantrekkelijk voor werkgevers die het water tot aan de lippen hebben. Dan hoef je niet eens een slecht mens te zijn. Je hebt een bedrijf, misschien wel als tweede generatie van je vader gekregen of je hebt zelf met bloed zweet en tranen een eigen bedrijf opgebouwd. Dan wil je dat aan je gebonden houden. Dan wil je doorstarten en dan wil je ook voor de werkgelegenheid goed doen, en als jij ziet van, ja jongens ik heb 100 man personeel en die 10 man kosten mij 20% van mijn loonkosten, dus als ik 10% afschud dan schud ik 20% van mijn loonkosten af, dan is het heel logisch dat je gaat kijken naar de uitvluchten die je kan verzinnen om het zo efficiënt en zo goedkoop mogelijk te doen. Misschien nog niet eens voor eigen gewin, maar voor het bedrijf. Maar daarmee omzeil je het ontslagrecht en daarmee omzeil je de positie van de mensen. En dat moet je gewoon tegengaan. Zolang die trigger erin blijft zitten, zullen veel werkgevers die keuzes blijven maken. En sommigen echt puur uit economisch eigen gewin. Maar ook in het nauw maakt een kat rare sprongen. En dat moet je echt tegengaan.’

Een vakbondsbestuurder: ‘Wat ik als onprettig heb ervaren, bij grotere ondernemingen met een paar honderd werknemers, is dat alles al in kannen kruiken was, dat het hele dossier zo voorbereid bij de curator werd ingediend. Dan is de overnemende partij er al en is er veel geregeld achter de schermen. Dat is niet helemaal zuiver. Ik vraag me dan af of alle belangen wel goed gediend zijn.’

Een advocaat: ‘Een pre-pack is een geschikte constructie als het proces met voldoende waarborgen is omringd. Het bedrijf moet echt in de toestand verkeren te hebben opgehouden te betalen, het proces moet zorgvuldig zijn. De markt moet worden verkend op wie kan

overnemen, er moet gesproken worden met de logische partijen, alles moet worden afgewogen, de beoogd curator moet de gelegenheid hebben om te kijken wat hij ervan vindt. Je moet het goed en netjes doen en een goede curator hebben. Het is kwetsbaar als het alternatief is, dat de boel uit elkaar spat en iedereen wegrent en ik waarde verlies met als gevolg dat ik de continuïteit niet kan waarborgen en er geen mensen meer aan het werk kunnen zijn. Het is ook helemaal niet nieuw. WCO I is prima en iets uitgebreider dan ik had gewild. Wat mij betreft hadden ze kunnen volstaan met: we moeten nu eenmaal een wettelijke basis hebben, u mag een beoogd curator benoemen.'

Een curator: 'Wat je heel vaak ziet, is dat er iemand van het managementteam opstaat die zelf met een investeerder de onderneming wil overnemen. Is dat fout? Nee, dat is niet fout. Hij mag meedoen, samen met anderen. De curator moet zorgen dat hij iedereen de kans geeft en een goede verkoopprocedure heeft. De curator moet bijna verplicht worden om na een faillissement via een controlled auction partijen in staat te stellen om te bieden. Met een goed protocol zodat iedereen weet waar hij aan toe is. Dat verschilt nu van curator tot curator. In WCO I staat nu dat de beoogd curator extra kritisch moet kijken als het gaat om een doorstart met een gelieerde partij. Wat is extra kritisch kijken? Maar goed, dat is een politieke formulering. Het is in mijn ogen zo dat als je een zorgvuldige procedure hebt en indicatieve biedingen en er komen bindende biedingen en uit die bindende biedingen komt één partij naar boven die op alle fronten beter is dan de ander, dan kun je niet anders dan met die partij verder gaan.'

Een vakbondsbestuurder: 'Ik ben geen fervent tegenstander van de pre-pack. Het kan een middel zijn tot. Maar wel met transparantie, en je moet wel proberen de rechten van de werknemers wat meer vorm en inhoud te geven.'

Een curator: 'Er moet een level playing field zijn. Daarvoor is de betrokkenheid van marktpartijen nodig, anders heb je alleen te maken met een betrokken partij die alles van de onderneming weet. De pre-pack biedt de mogelijkheid om in alle rust de markt te benaderen en met concurrenten te gaan praten. De curator kan dan juist meer invloed uitoefenen op het behoud van werkgelegenheid. In een faillissement weten partijen dat de curator het met hun bod op de voorraden en inventaris maar moet doen. In een voorfase weet een bieder ook niet wat zijn concurrenten gaan doen. Die situatie is beter uit te spelen.'

Een advocaat: 'Ik begeleid veel doorstarts. Vaak is er wel iets van een plan, niet zo heel serieus. Ik ga altijd even de boer op. De eerste vraag die ik stel aan een directeur: wat zijn je grootste concurrenten? Die bel ik op. Daar is niets geheim aan en dan hebben ze een paar dagen de tijd om te komen kijken. Binnen een week heb je dan wel of geen doorstart. Die begint wel van scratch in feite dat onderzoek en de onderhandelingen. De termijn is belangrijk om in de gaten te houden. Het gaat in ieder geval niet drie maanden worden, maar moet echt beperkt blijven tot twee weken. De curator zal er op toe moeten zien dat het rondje gemaakt is of nog gemaakt wordt. Het is ook in WCO I een eis dat bij de aanvraag wordt gemeld of er andere partijen in beeld zijn. Ik las over een soort biedingsprocedure met de aanduiding stalking horse. Dat vind ik geen goed idee. Er is natuurlijk geen investeerder die daar in wil stappen. Want dan heb je een deal, die onzeker is, omdat die binnen een week nog kan worden herroepen. Wat ik een betere oplossing vind, is dat je zegt: je koopt een mooie

deal maar als je binnen een half jaar of binnen een jaar de boel doorverkoopt voor een veel betere prijs, dan wil ik als curator nog een bepaald deel daarvan hebben. Dan werp je een barricade op tegen de doorstarter die het niet zelf wil voortzetten, maar een verborgen agenda heeft en het na een week weer doorverkoopt. Zo'n mechanisme lijkt mij aan te bevelen.'

Een curator: 'Pre-packs zou je mede gelet op het gebrek aan transparantie moeten laten doen door bewindvoerders en curatoren die zich niet "in het pak laten naaien".'

Een curator: 'Ik vind het belangrijk dat tijdens een mondelinge behandeling goed wordt doorgevraagd door de behandelend rechter, dat je heel goed kijkt van wat is nou het doel, wat wil je ermee bereiken en ook van hoe zie je eigenlijk de komende twee weken. Je moet als je pre-pack aanvraagt een bepaalde visie hebben hoe dat gaat verlopen in die periode en wat je doel is en ook hoe je dat doel wilt bereiken.'

Een curator: 'Hoe reëler de plannen zijn, hoe lager de koopprijs is. Wanneer de curator kiest voor een hoger bod in termen van werkgelegenheid en/of boedelbijdrage, loopt hij het risico dat de zaak binnen afzienbare tijd weer failliet is. Wanneer de curator meer heil ziet in een plan waaraan een lager bod gekoppeld is, heeft hij wel wat uit te leggen aan de rechter-commissaris. De beslissingsmarge binnen het huidige faillissementsrecht is heel beperkt.'

Een curator: 'De dogmatici onder de curatoren vinden: je bent er voor de schuldeisers. Maar je mag ook wel rekenen met personeelsbelangen. De rechter-commissaris vindt het personeel vaak verschrikkelijk belangrijk. Als de druk te groot wordt om meer mensen over te nemen dan je voor de doorstart nodig hebt, kan dat later problemen geven, vaak valt een doorstart tegen. Uiteindelijk is het heel moeilijk om door te starten, zo veel badwill en zo veel diskwaliteit in verhoudingen. Het is politiek niet zo populair om te zeggen, maar je moet op de markt succes genereren en daar heb je mensen voor nodig. Je kunt niet zeggen: je moet zoveel mensen meenemen dan ga je succes maken. Het creëren van iets wat er niet is, is heel lastig. Een afgeleide daarvan is een doorstart met teveel personeel. Dat is niet verstandig. Ik denk dat voor de mensen die het treft, het fijner is met een klein groepje succes te genereren en langzaam te groeien.'

Een advocaat: 'Werkgelegenheid is een belangrijk uitgangspunt. Curatoren die alleen maar blijven roepen dat het alleen maar om geld gaat, klinken natuurlijk wel stoer, maar uiteindelijk zit meestal bij biedingen in geld zelf niet het grote verschil. Het is vaak: wie neemt het grootste deel van de activiteiten over? Daar zie je meestal in potentie de meeste waarde in ook. En dus kom je eigenlijk bijna altijd uit bij de partij die de meeste banen houdt.'

Een vakbondsbestuurder: 'Ik heb een doorstart meegemaakt waarin de curator koos voor het lagere bod dat de arbeidsvoorwaarden voor mensen beter regelde en de positie van het bedrijf beter neerzette en niet koos voor het hoogste bod. Tussen de geboden prijzen lagen wel een paar miljoen. De curator koos voor continuïteit. Hij zal dit denk ik niet in het openbaar bevestigen, want in feite handelde hij in strijd met de Faillissementswet wat uitgaat van een zo hoog mogelijke opbrengst voor de crediteuren. En dat heeft hij in dit geval niet gedaan. Hij heeft gekozen voor continuïteit en ik ben daar heel gelukkig mee. Uiteindelijk hebben toen

veel mensen daardoor hun baan weten te behouden. Zoiets is dus afhankelijk van de persoon van de curator. In dat geval heeft de curator de continuïteit van de onderneming en het belang van de schuldeisers afgewogen en het belang van de werknemers niet uit het oog verloren door die doorstart in afgeslankte vorm te kiezen, dus met behoud van identiteit. Het is een verstandige beslissing geweest, deze doorgestarte activiteiten hebben we nog.'

Een curator: 'Bij biedingen zal je bij de keuze tussen geld en werkgelegenheid als er marginale afwijkingen zijn daar overheen stappen. Maar wanneer de afwijkingen materieel zijn, dan wordt het heel lastig en zal je uiteindelijk vanuit de wettelijke opdracht kiezen voor het geld. Het te gelde maken van de baten en het verdelen van die baten over de schuldeisers is een belangrijk element voor de curator. Het is mooi wanneer je de maatschappelijk belangen een beetje mee kunt laten lopen, maar om ze nou te moeten laten prevaleren vind ik een lastige. Dit is ook een waarschuwing aan het adres van mensen die koersen op reorganiseren via faillissement. Men moet er wel rekening mee houden dat een faillissement zijn eigen dynamiek kent. Geld staat toch wel voorop, de opbrengst.'

Een curator: 'Wanneer een andere partij de doorstart realiseert, dan kijkt deze puur functioneel. Wat heb ik nodig? Key personnel is altijd voor bepaalde tijd nodig. Nu is het lastig voor de curator om te waken over de werkgelegenheid. Nu heb je situaties waarin een opkoper meer biedt dan een partij die de onderneming met een deel van het personeel wil doorstarten. Het gevoel zegt dat je liever voor de doorstart zou kiezen, maar verder kun je er geen waarde aan hangen. De overnemende partij komt met een zak geld en het is lastig om waarde te hangen aan werkgelegenheid. Hoe weeg je crediteurenbelangen af tegen werknemersbelangen? In beginsel is het zo dat het geven van een bijzondere positie aan een partij altijd ten koste gaat van andere partijen.'

De taak van en eisen aan de deskundigheid van de (beoogd) curator en (beoogd) rechter-commissaris (paragraaf 4.3.2)

Een curator: 'De taakstelling van de beoogd curator moet beter worden omschreven dan tot nu toe het geval is. Er zijn veel verschillende opvattingen. Pre-packs bestaan al veel langer: vroeger was er ook al wel in feite soms sprake van een vorm van pre-pack. Nu heeft het dan een naam. Uit het oogpunt van het behartigen van de belangen van de schuldeisers bij een onderneming die bijna op omvallen staat, vind ik dat ik de lead moet nemen en moet zorgen dat er een ordentelijk proces komt van beheer en vereffening, een controlled auction, concurrenten uitnodigen, ook al krijg je tegengas. Als de beoogd curator vindt dat de banken en de directie niet meewerken, dan trek je je terug. Het is dus zaak dat voor de taakstelling van de beoogd curator concrete richtlijnen komen. Neem het op in de wet zodat niet rechtbanken deze richtlijnen zelf hoeven af te stemmen. De betreffende brief van de rechtbanken moet uniform zijn en in heel Nederland hetzelfde luiden.'

Een curator: 'Het is heel onwenselijk dat een beoogd curator aan tafel zit zonder echt een taak te hebben. De curator heeft geen idee "uit welk hoek de wind waait" aangezien hij moeilijk kan beoordelen of de doorstarter gelieerd is met de huidige eigenaar bijvoorbeeld. De markt afgrazen is lastig, omdat het dan al snel niet meer vertrouwelijk is. Veel beoogd curatoren zijn

te licht om doorstarts te begeleiden. Veel curatoren hebben nooit ondernomen en hebben nooit investeringsbeslissingen genomen.'

Een advocaat: 'De gedachte is dat de stille bewindvoerder zich primair informeert, inventariseert wat de mogelijkheden zijn en tegen een potentiële deal zegt van: nou ja, als ik tot curator word benoemd en als jij mij dit voorlegt, dan zou ik hiermee akkoord kunnen gaan mits je a, b of c nog aanpast. Ja, in die constellatie past niet dat een rechtbank die in faillissement die bevoegdheden ook niet heeft, gaat zeggen: ik wil niet dat jij hier aan een deal gaat werken.'

Een advocaat: 'De stille bewindvoerder is iemand die bewind voert. Aan iemand die niks doet heb je eigenlijk niet zoveel. Liever geen fly on the wall. Ik heb behoefte aan iemand die richting geeft.'

Een curator: 'Het gevaar is dat je de surseance en het faillissement gaat economiseren naar het Engelse model waar de trustees accountants zijn. Juristen zijn dan niet goed geëquipeerd, de goede daargelaten.'

Een advocaat: 'Ik ben voorstander van een actieve rol van de curator. En ik wil eigenlijk dat dit geen advocaten meer zijn. Daar heb je niks aan. Ik denk dat de curator iemand moet zijn die echt verstand heeft van ondernemingen. En die moet dan als dit nodig is een advocaat inhuren. In Nederland ligt de focus van het insolventierecht nog te veel bij de gedachte dat je schulden hebt gemaakt en dus moet boeten, nou ja, dat nog net niet. Terwijl de fundamentele vraag is, is de onderneming levensvatbaar ja of neen? In het curatorenlandschap waarin we nu zitten, hebben we te maken met mensen die heel erg normatief naar het gebeuren kijken en eigenlijk ook niet goed weten wat dingen waard zijn.'

Een bankier: 'Ik wil niet alle curatoren tekort doen en er zijn er ook die prima alle dynamieken snel onderkennen, maar ook een hoop niet. Naast elke curator zou je een adviseur moeten zetten die de branche kent en die de problematiek snel kan doorzien. Iedereen kent bovendien wel verhalen van mensen die misbruik maken van faillissementen om ergens vanaf te komen en dan weer vrolijk verder huppelen, terwijl iedereen weet dat die de boel geflest heeft maar niemand kan het hard maken. Dat bestaat, dat weet ik wel zeker, maar het is lastig om dat soort gevallen er uit te halen. Moet je dat helemaal overlaten aan een advocaat die ergens aan de Zuidas in een toren zit?'

Een advocaat: 'Wat je bij een pre-pack zou kunnen overwegen is om naast de curator iemand neer te zetten die de belangen van de werknemers in ogenschouw neemt. Omdat de werknemersbelangen naast de crediteurenbelangen toch wel de belangrijkste zijn. Daar moeten dan specialisten voor komen. Misschien net zoals de Ondernemingskamer een deskundige benoemt.'

Een bankier: 'Een betere herijking van het insolventierecht is het hebben van echt goede curatoren in Nederland. Daar schort het echt aan. Deze opmerking geldt ook voor de rechter-commissaris. Denk aan verplichte bijscholing. Curatoren moeten bovendien bezig zijn met waar het om draait. Met onbenullen, om het maar hard te zeggen, plaats je jezelf ook

internationaal uit de markt. Dus je kan heel goed wettelijk gereedschap hebben, maar als er een prutser in de werkplaats staat, dan kan je er nog steeds weinig mee.'

Een advocaat: 'Je hoort vaak: curatoren begrijpen niks van de waarde van een bedrijf. Maar het gaat niet om de waarde van een bedrijf, het gaat om de prijs die iemand wil betalen. Met de pre-pack is dat allemaal verbeterd, want je krijgt veel betere verkooptrajecten, maar over het algemeen is er haast. Iemand moet het willen betalen en direct. Daar gaat het om. Dan kun je zeggen: ik wil uitgebreide trajecten van waarderingen en biedingen. Maar die tijd is er niet. Er moet iemand zijn die zegt: hier heb je het geld en nu de transactie. Als een bedrijf nog een financieringsaanvraag moet gaan doen bij een bank, forget it, daar is gewoon geen tijd voor. Dat zijn zulke bepalende factoren. In faillissement is het spel gewoon anders. Als je onderhandelingen doet en aan de andere kant zitten alleen overnameadvocaten, dan kom je er nooit uit.'

Een curator: 'De rechter-commissaris is niet geschikt om op een pre-pack toezicht te houden. Deze rechters worden om de drie jaar gewisseld en er bestaat dan de kans dat je net een "nieuwe" rechter-commissaris hebt van de personen- en familiekamer. De specialisatiegraad van de rechter-commissaris is soms bedroevend.'

Een bestuurder van een onderneming: 'Naast de curator moet iemand met een bedrijfseconomische achtergrond staan. Daar hebben alle stakeholders baat bij, waaronder de werknemers. Ik heb veel curatoren meegemaakt die onvoldoende financieel waren onderlegd. De INSOLAD-cursus op dit vlak is ontoereikend, gaat niet diep genoeg op de materie in. Bij herstructureringen draait het vaak om financial engineering en dat is echt moeilijk. Daar zijn curatoren onvoldoende in thuis. In een faillissement gaat het nu vaak niet over de bedrijfseconomische werkelijkheid waar de ondernemer in zit. Het bedrijfseconomisch belang is nu niet veilig bij de curator, is niet in het persoonlijk belang van de curator. Met het bedrijfseconomisch belang is het belang van de werknemer veel beter gediend. Het onderzoek van de curator moet gericht zijn op de mogelijke continuïteit van de onderneming in bedrijfseconomische zin. Bij een pre-pack moet een financieel expert betrokken zijn. Een curator kan nu een pre-pack afwijzen wanneer dat niet in zijn belang is. Een curator heeft wel werkgelegenheid in het oog, maar heeft primair de boedel tot doel en het deel daarvan dat declarabel is voor het kantoor. Dat is hun verdienmodel. Het belang van de schuldeisers is secundair. Er is bij een faillissement discontinuïteit, maar daarbinnen moet je op zoek gaan naar continuïteit. Dat is niet de primaire driver van veel curatoren, de uitzonderingen daargelaten.'

Een curator: 'De bonden melden zich snel bij de curator en dat doen ze meestal al in de publiciteit. Als je dan zelf niet meewerkt aan publiciteit, dan zijn de enige die naar buiten constant in de microfoons praten de bonden en die weten precies hoe het moet en wat er gaat gebeuren. Je moet als curator jegens de vakbonden fair zijn, recht door zee, doen wat je zegt en gewoon exact zeggen waar het op staat. Kwade boodschappen brengen zoals ze zijn. Een curator moet de boel beheren en vereffenen en moet dat doen voor het collectief van de schuldeisers en werknemers zijn schuldeisers. Dus ik behartig ook de belangen van de werknemers.'

Een vakbondsbestuurder: ‘Er zit een wereld van verschil tussen het ene faillissement en het andere faillissement. Dat is ook sterk afhankelijk van het type curator. Zoekt hij een open dialoog met medezeggenschap en vakbonden, leveranciers, om dat zo breed mogelijk uit te zetten. Of doet hij alles een beetje met de deur dicht en de jaloezieën naar beneden. De wettelijke kaders van de rol van de curator ten aanzien van de positie van de vakbonden moeten beter, eventueel met beleidsregels. Meer transparantie en meer openheid aan de voorkant. Wees toegankelijk als curator. Ga daar niet in je ivoren toren zitten, zo van, nou over drie weken ben ik wel een keer bereid om de vakbonden te ontvangen. Dat is niet de manier waarop je met mensen moet omgaan in dit soort situaties. Iedereen heeft recht op antwoorden. Want iedereen zit met vragen.’

Tot besluit twee citaten met suggesties betreffende de honorering van curatoren:
Een curator: ‘Men snapt niet dat curatoren voor eigen rekening en risico werken. Dat zou je op kunnen lossen met een vangnetregeling met een minimumvergoeding. Ik heb zelf weinig boedels die niet rond komen, maar zie wel dat veel jongere curatoren moeite hebben. Met een kleine boedel ben je al snel 20-25 uur kwijt. Daarnaast zijn er een aantal curatoren die hun bed niet uitkomen als de boedel dat niet toelaat.’
Een bestuurder: ‘De curator zou uit de boedel betaald moeten worden voor zijn boedelwerkzaamheden, maar niet voor zijn litigation-werkzaamheden. De litigation moet de curator uitbesteden aan een andere advocaat, niet van zijn eigen kantoor. Nu worden namelijk veel boedels verbrand. Bovendien zorgen die procedures voor veel maatschappelijke reuring. Wanneer de curator de zaak verliest, komt dit ook voor rekening van de boedel. Het is alsof je de kalkoen vraagt wat je eet met de kerst. De curator kan de boedel vrij aanwenden, ook al is hij daar niet succesvol mee. Dit is een verkeerde incentive voor de curator. Ik heb ooit een bod uitgebracht op een onderneming in faillissement. De curator was helemaal niet in mijn bod geïnteresseerd, omdat te weinig geboden was op de inventaris. De voorraden waren verpand aan de bank, maar de opbrengst van de inventaris zou terecht komen op de boedelrekening. De curator heeft hierover tegen mij gezegd: “Je weet toch dat ik niets verdien aan die voorraden”.’

De selectie van werknemers bij een doorstart uit faillissement (paragraaf 4.3.3)

Een vakbondsbestuurder: ‘Ik geef verreweg de voorkeur aan een doorstart met een rol voor de vakbonden, omdat de rechten van werknemers na faillissement, al dan niet met pre-pack, dan objectiever behartigd kunnen worden. Ik zou de bonden een rol geven in het bewaken van willekeur. Ik kan goed met het afspiegelingsbeginsel leven. Dat beginsel behoort deel uit te maken van de wetgeving. Dan is er in ieder geval een objectief criterium voor het selecteren van de werknemers van wie het dienstverband behouden blijft. Ten aanzien van een pre-pack of faillissement zou je wat zekerheden kunnen regelen voor het personeel dat er al werkt, bijvoorbeeld het van toepassing zijn van het afspiegelingsbeginsel. Dan is het minder aantrekkelijk om met een koop tot na het faillissement te wachten.’

Een bankier: ‘Als je het volgens het afspiegelingsbeginsel moet doen, dan neem je ook duur personeel mee. Ik denk dat dit voor het bedrijf niet verstandig is. Ik denk dat je met het oog op de succesfactor beter kan cherry picken.’

Een vakbondsbestuurder: ‘Mijn gevoel zegt me dat misbruik van faillissement voorkomt. Maar ik denk niet dat het de enige reden is van een bedrijf van: onze personeelskosten zijn te hoog, we hebben duur personeel, we gaan failliet om daarvan af te komen. En we gaan er alles aan doen om dat in scène te zetten. Het is een handige bijkomstigheid om goedkoper te kunnen doorstarten en nooit een reden op zich denk ik om het te doen. Maar je ziet wel, dat men bij de ene doorstart wel en bij de andere doorstart niet afspiegeling toepast. Dat heeft te maken met het marktsegment waarin zij opereren. Sommige doorstarters willen een mengeling van jong en oud en kiezen dus ook voor relatief dure arbeidskrachten. Bij andere doorstarts zie je heel duidelijk dat dure krachten allemaal geloosd worden.’

Een bankier: ‘Persoonlijk zou ik zeggen dat het een afspiegeling moet zijn, zoals het ook buiten faillissement geldt. Dat is fair. Dat je niet inderdaad alle jongeren neemt en de lagere salarisschalen en ga zo maar door. En dan moet je ook dat arbeidsverleden meenemen. Ook dat zou fair zijn.’

Een bestuurder van een onderneming: ‘Er is een reden waarom je de doorstart maakt. Je wil uiteindelijk succesvol worden. Ik maak nog steeds verlies. Dus het is niet zo dat ik denk dat nu we doorgestart hebben, we de champagnekurken eraf knallen en een glaasje gaan drinken. Er is geen klap veranderd aan de organisatie. Wel heb ik een beter toekomstperspectief omwille van het feit dat ik als 100% aandeelhouder meer flexibiliteit heb om de organisatie te integreren en een aantal dingen te doen. De vraag is met wie je dat wil doen. Dat wil je doen met de mensen waarvoor geldt dat je denkt dat je daarmee het meest succesvol bent naar de toekomst.’

Een vakbondsbestuurder: ‘Als je een pre-pack toepast, moet het afspiegelingsbeginsel in ieder geval worden toegepast. Ook de arbeidsvoorwaarden van de werknemers die golden voor het faillissement moeten worden meegenomen in de nieuwe organisatie. Als de nieuwe organisatie nut en noodzaak kan aangeven waarom er een verslechtering van het voorwaardenpakket zou moeten plaatsvinden, dan zou er overleg met de vakbonden moeten plaatsvinden om te kijken waarom dat dan niet mogelijk is en wat we daar dan met elkaar aan kunnen doen.’

Een curator: ‘Als er een aanzienlijke schuld is en het bedrijf staat op omvallen, dan heb ik er geen enkele moeite mee dat daar aan cherry picking wordt gedaan. Dan ben ik blij dat die mensen nog werk houden. Als het gaat om iemand met twintig BV’s die schuift met personeel en nou, op een gegeven moment moet er dan eentje omvallen, want dan ben ik van Jan af, ja, dat kan natuurlijk niet. Het is wel heel moeilijk wat je daartegen moet doen want er zijn concerns met verschillende BV’s waarin er met personeel wordt geschoven en waarbij altijd de juiste BV’s omvallen in de belangen van de DGA. Het is moeilijk daar tegen op te treden. Want als je daar regels tegen zou stellen die een ruime werking hebben, dan verdwijnt de smeeroliefunctie van het faillissement.’

Een vakbondsbestuurder: ‘Als er een doorstart plaatsvindt, moeten de selectiecriteria veel objectiever zijn. Ik vind het echt niet kunnen dat je gewoon kan zeggen: alle zieken eruit, alle ouderen eruit, al het dure personeel eruit, alle vasten eruit. We hebben ontslagrecht waar we aan afspiegeling doen binnen uitwisselbare functies. Dat zou in faillissement ook gewoon

moeten. Dat moet in de wet worden verankerd. Het is ook een kwestie van transparantie, maar dat is niet voldoende. Ik heb er niks aan als je zegt: iedereen die zich vaker dan twee keer heeft ziek heeft gemeld dit jaar, gaat niet mee. Dat vind ik geen goed criterium.'

Een bestuurder van een onderneming: 'Waar ik voor wil zorgen is dat een doorstarter er een succes van maakt. En om er een succes van te maken moet je toch echt zorgen dat de samenstelling van een team dusdanig is dat je ook een succes kan maken. De doorstarter is de ondernemer. Hij moet ervoor zorgen dat het tegen beperkte risico's door kan. Het geld dat er dan beschikbaar is, moet hij stoppen in het bedrijf en in vernieuwing en in structurele maatregelen.'

Een vakbondsbestuurder: 'Ik vond uit dat mensen die ziek, zwak en misselijk waren, die waren er sowieso al uit. Die gingen sowieso, of ze nu lange dienstverbanden hadden, wel of niet echt ziek waren in de ogen van de werkgever, het maakte allemaal niet uit.'

Een curator: 'Om doorstartende bedrijven zoveel mogelijk in de gelegenheid te stellen continuïteit te vertonen en dus zo min mogelijk kapitaal te laten verdampen, is een belangrijk criterium voor de doorstarter: kan ik selecteren in personeel en kan ik mensen aannemen op de manier waarvan ik denk dat het goed is voor het bedrijf? Elke beperking die daarin aangebracht wordt, door de wetgever of door jurisprudentie, maakt de kansen op een succesvolle overname kleiner. In al mijn werkzame jaren heb ik ervaren dat dit een ongelooflijk belangrijk element was in een overnamedeal.'

Een vakbondsbestuurder: 'Er is het risico van oneerlijke concurrentie. Stel je voor dat er twee bedrijven met dezelfde volumes en dezelfde klantenopbouw in dezelfde sector actief zijn. En de ene zegt, ik kom niet uit mijn kosten, ik ga reorganiseren en hij belt de vakbonden op, zoals het zou moeten. En de ander zegt, daar heb ik geen zin in, ik laat het aankomen op een pre-pack, dan zijn de lasten van mij af, ook de toekomstige lasten. Want ik vind Jantje een vervelend ventje, die is elke keer op maandag ziek. Ik weiger functioneringsgesprekken met die gozer te hebben. Maar ik wil er wel vanaf. En Kees zit in de ondernemingsraad en die is altijd kritisch, die wil ik ook weg. Het eerste bedrijf reorganiseert op de nette manier en heeft daardoor hogere arbeidskosten dan het tweede bedrijf die het laat aankomen op een pre-pack. Dit laatste bedrijf schudt alle lastige en inactieve mensen van zich af, gaat mensen niet trainen om beter te worden, die gooit ze gewoon via de pre-pack er uit.'

Een bestuurder van een onderneming: 'Als je als niet gelieerde partij een doorstart maakt van een failliete onderneming, dan krijg je een aantal mensen in je broekzak mee. Die zitten in die onderneming. De sollicitatiegesprekken die ik indertijd had met de mensen duurden een paar minuten. Meer tijd was er niet. Later kom je erachter wat voor mensen je in huis hebt. Ik veronderstel dat het algemeen bekend mag zijn dat als je zo een onderneming koopt, je er ook een bak ellende bij krijgt. En dus heb ik heel bewust in de nieuwe doorstart in het overnamecontract laten vastleggen dat ik als doorstarter werkgelegenheid zou bieden aan een bepaald aantal mensen. Ik heb een groot aantal werknemers uit de failliete onderneming overgenomen en een aantal vacatures opengesteld. Dat ik in de gelegenheid was om van een aantal mensen afscheid te nemen, was geen doel op zich, maar een mogelijkheid die ik wel benut heb.'

Een bankier: Het is terecht dat alle stakeholders van een bedrijf, dus ook de personeelsleden, een bepaalde bescherming verdienen. Als ik dan kijk naar hoe het in Nederland geregeld is, denk ik dat die balans er al best wel in redelijke mate is. Als er ingegrepen moet worden, dan is die mogelijkheid er ten opzichte van iets meer verstarde arbeidsmarkten. Het is ook wel goed om een bepaalde vorm van bescherming te houden. Uiteindelijk kan het altijd goedkoper en efficiënter vanuit iemands perspectief. Ik ben er niet van overtuigd dat er Nederland veel veranderd hoeft te worden.'

Een vakbondsbestuurder: 'Wat ik echt heel slecht vind, is dat in dit soort situaties altijd op kwaliteit geselecteerd kan worden. Daar doe je veel onrecht mee aan. Wat me het meest steekt, is dat het zomaar kan dat je zulke grote schulden achterlaat en zoveel mensen daar de dupe van laat worden.'

Een vakbondsbestuurder: 'Wat belangrijk is en in de wet opgenomen zou moeten worden, is dat het afspiegelingsbeginsel bij de doorstart wordt toegepast. Ik heb er wel begrip voor dat een deel van de werknemers moet worden ontslagen als dat noodzakelijk is om inderdaad weer met de onderneming door te kunnen gaan, maar wel op basis van het afspiegelingsbeginsel. Wat er nu gebeurt, is willekeur. Het uitgangspunt moet zijn dat er een paar wettelijke basisregels komen, zoals afspiegeling.'

Een curator: 'Ik adviseer: denk er aan, kies al je beste mensen. Je hebt nu de kans om alle zieken, zwakken, misselijken en klootzakken eruit te gooien. Als die selectie een beetje klopt, dan begrijpen mensen het. Je moet heel open vertellen waar je mee bezig bent.'

Een vakbondsbestuurder: 'Ik vind dat de oudere werknemers in faillissement onevenredig hard worden getroffen. Ik weet mensen die gewoon jarenlang bij een bedrijf gewerkt hebben, door faillissement in de WW terecht komen. Die komen gewoon niet meer aan de slag.'

Het volgende citaat van een advocaat toont dat het werknemersperspectief verschillende kanten heeft en vormt een goede opmaat naar de hieronder opgenomen citaten die uitgaan van een selectie op basis van een business plan: 'De selectie heeft wel een wild-westelement in zich. De werknemers die in de doorstart meegingen voelden zich een soort van uitverkoren groep. Dat was op zich leuk om te zien, ook op operationeel gebied goed voor de onderneming, omdat zij heel erg blij waren. Zij zagen zichzelf ook als een cherry. Dat is niet iets waar we van te voren rekening mee hadden gehouden. De pre-pack leidt nu eenmaal tot keuzes, tot mensen die afvallen, tot schuldeisers die afvallen en tot een nieuw bedrijf dat succesvol verder kan. Het selecteren moet wel zorgvuldig tot stand komen. En het is heel onwenselijk als je in een pre-pack de selectiecriteria, die je zelf opstelde, niet hanteert. Zorgvuldigheid is van belang, juist ook in het keuzeproces.'

Een curator over de positie van de zzp'er (buiten faillissement bij een reorganisatie als eerste te vertrekken op grond van art. 7:671a lid 5 sub a BW): 'Wanneer het evident is dat een bedrijf in overwegende mate gebruik maakt van zzp'ers, waarbij de zelfstandigheid maar heel betrekkelijk is, dan zou je die crediteuren misschien een andere positie moeten gaan geven dan andere crediteuren. Dat vind ik wel een gedachte waar men in de politiek misschien wel

gevoelig voor is. De zzp'ers zijn een hele sneue categorie van crediteuren. En je moet dat niet onderschatten hoe dat kan oplopen. Vier weken, zes weken, acht weken, twaalf weken uitstaande facturen, is daar niet ongebruikelijk. Als dan opeens het gat valt van zeg maar 12 weken, ja dan is dat voor zo'n huishouden dat volstrekt afhankelijk is van wat binnen komt van die factuur een onoverkomelijke ramp. De discrepantie met de bescherming die werknemers hebben, is heel groot.'

Een bestuurder van een onderneming: 'Het hangt ervan af hoe nijpend de situatie is. Als het bedrijf echt aan de rand staat, in hoeverre kan je dan nog een afspiegelingsbeginsel hanteren? Het gaat erom, hoe bescherm je de werknemers zonder dat je het proces teveel in gevaar brengt. Als echt het water aan de lippen staat, dan denk ik toch dat je met richtlijnen van de bewindvoerder of van de rechter-commissaris moet kunnen werken. Misschien heeft de rechter-commissaris dan nog wat meer ruggengraat. Of dat de rechter-commissaris afhankelijk van de casus beoordeelt hoever men mag gaan met het afspiegelingsbeginsel. Er zou wel een soort toets moeten plaatsvinden. Laat maar zien waarom er mensen weg moeten. Hoe heb je dat berekend? Heb je de persoonlijke vijanden eruit gegooid? De vraag is in hoeverre de rechter-commissaris opgeleid is om dat te doen. De rechter-commissaris kan het probleem dat hij niet financieel onderlegd is oplossen door zich te voorzien van een deskundige die hem daarin helpt. Als je biedende partijen enkele dagen gunt om tot een oordeel te komen, dan kan het ook zo zijn dat een deskundige de rechter-commissaris bijstaat in die paar dagen. En op het moment dat er een beoogd curator is, is er ook een rechter-commissaris. Je kunt natuurlijk ook als bewindvoerder een financieel verstandige man erbij halen en vragen wat we hier moeten doen. Naast het toetsen van het business plan kan de rechter-commissaris toetsen met wie men als doorstarter in zee gaat. Gaat men in zee met private equity, die de directie aandelenpakketten en een management bonus belooft, of gaat men in zee met een strategische partij die wat minder belooft maar wel het goede business plan uitvoert. Want dat is ook een belangrijk punt. Private equity doet soms goede dingen, maar niet altijd. Afhankelijk van de omstandigheden moet je eigenlijk zelf als curator of beoogd bewindvoerder en rechter-commissaris ook nog een keer kijken of het werknemers-aspect goed is meegenomen. Ik beschouw het als gunstig als dit tot effect heeft dat je meer met strategische partijen aan tafel komt dan met private equity partijen, die de boel uit elkaar gooien en delen verkopen en alsnog de werkgelegenheid naar de mallemoer helpen.'

Een bestuurder van een onderneming: 'Volgens mij zijn er een aantal toetsen. Eén is het business plan van de doorstarter. Dan de marktconformiteit van de arbeidsvoorwaarden. En de derde toets is het in zee gaan met een partij die niet gaat 'asset strippen', maar ook mede de continuïteit van de onderneming voor ogen heeft. Dus dan hebben we het business plan, marktconformiteit van de arbeidsvoorwaarden, type overnemende partij en de selectiecriteria (welke werknemers mogen wel en niet mee). Maar dat laatste is onderdeel van het business plan en ik meen dat naarmate het bedrijf in grotere nood is, er minder selectiecriteria behoren te zijn. Maar wel marktconforme arbeidsvoorwaarden, ook omdat de rechten van de werknemers behoorlijk worden aangetast met zo'n pre-pack. Omdat de ondernemingsraad en vakbonden buitenspel staan. Waar is het om te doen? Mede om de continuïteit van de werkgelegenheid, want anders wordt het gewoon een soort van kapitalistisch spelletje. De vitaliteit van de onderneming, daar praten we over. Je wilt dat de zaak zo goed mogelijk wordt voortgezet en dat is mede met op het oog het borgen van de werkgelegenheid. Waarom

zou je anders een pre-pack toestaan als wetgever? Als je de continuïteit van de werkgelegenheid voor ogen hebt staan, dan moet je ook zeggen: de bieder is gebonden aan de keuzes die in zijn businessplan staan voordat hij als eindbieder in beeld komt. Anders kan de koper alsnog nadien een hoop mensen eruit gooien. Om de positie van de werknemers te beschermen moet je de keuzes accepteren zoals die in het business plan gemaakt zijn. Dus samenvattend: de doorstart vindt plaats op basis van het door de rechter-commissaris getoetst businessplan waarin staat met welke werknemers de doorstart plaats vindt in de zin dat de selectiecriteria worden vermeld. Voorts toetst de rechter-commissaris met welk type partij in zee wordt gegaan. De private equity partijen zijn genoegzaam bekend in de financiële wereld. En ten derde moet qua arbeidsvoorwaarden sprake zijn van marktconformiteit.'

Een vakbondsbestuurder: 'Ik wil invloed hebben op de selectiecriteria. Een doorstarter hoort met de vakbonden de criteria te overleggen en de vakbonden moeten er invloed op hebben. Ik moet kunnen dealen over de vraag welke criteria dan gehanteerd worden. Maar als het management blijft zitten en de aandeelhouders zijn dezelfde partijen, dan moet men afspiegelen. Het is bizar dat je alle personeelsdossiers hebt en zou kunnen zeggen: die is ziek geweest, die niet. En dat je daar gewoon mee weg komt. Als je echt een hele nieuwe werkgever bent, dan ligt het wat anders. Maar ook daar moeten de vakbonden meer bevoegdheden krijgen en moet er meer openheid en meer transparantie zijn, ook naar de ondernemingsraad.'

Een curator: 'Natuurlijk is een wat negatiever aspect van de pre-pack dat de doorstarter in de kaartenbak kan kijken, die kan in de ziektegeschiedenis kijken en beoordelen. Die kan op die manier selecteren en ja, dat is bezwaarlijk. Ik heb liever dat de selectie volgens een bepaalde systematiek gebeurt, dat ze niet kunnen kijken van: hij is toch ondernemingsraadlid, doen we niet, die is een beetje ziek geweest, die gaat niet mee, dat vind ik fout. Want de voorsprong van de gelieerde doorstarter is wel heel erg groot. Ik denk dat er best richtlijnen kunnen komen. Dan heb je ook een stuk dat je met de vakbonden kunt bespreken.'

Een curator: 'Ik wil graag van tevoren zoveel mogelijk dat bieders zich vastleggen op de indienstneming van een bepaald aantal mensen, maar soms is het inderdaad onduidelijk hoe dingen zich gaan ontwikkelen. Of dingen wel of niet mogelijk zijn, bepaalde klanten zijn vast te houden, want die zijn in principe vrij om te gaan en staan waar ze willen en in verband daarmee zal je vaak een marge inbouwen ten aanzien van een bepaald deel van het personeel dat je zegt van: bij een aantal van x leg ik de bodem en er is een inspanningsverplichting om van de resterende y in ieder geval zo veel mogelijk in dienst te nemen. Dit zie je in veel varianten bij allemaal faillissementen van de afgelopen jaar terug.'

Een curator: 'Wat ik afspreek is dat een minimaal aantal formatieplaatsen binnen zoveel tijd ook daadwerkelijk gerealiseerd moet zijn. Aan dit beding hebben ook vakbonden iets. Maar om nou vervolgens van stoel te wisselen en als curator ook op de stoel van de doorstarter te gaan zitten, daar heb ik moeite mee. Je trekt dan een verantwoordelijkheid naar je toe die niet jouw verantwoordelijkheid is. Je zegt wel van hoeveel mensen neem je mee: of in die bieding wordt ook aangegeven hoeveel mensen men een contract aanbiedt. Ik leg dat altijd vast in de doelstellingsovereenkomst. Wat zich soms voordoet, is dat je een paar sneue gevallen hebt in de organisatie en dat je daar wel van zegt: daar moet je een oplossing voor vinden. Dan kun je

denken aan mensen die bijvoorbeeld meervoudig gehandicapt zijn en die in de organisatie een bepaalde plaats hadden of mensen die tegen hun pensioen aanzitten of die door werkloosheid misschien net niet in een bepaalde regeling kunnen komen waar ze anders door nog een paar maanden door te werken wel in kunnen komen. Daar houd ik altijd wel rekening mee als die mij bekend zijn, dan vind ik wel dat je moet proberen om dat tot een oplossing te brengen.’

Een curator: ‘Ik vind het te ver gaan als ik over mijn graf heen regeer en dicteer hoe de arbeidsvoorwaarden er bij de doorstarter uit moeten zien. Dat doe ik niet en ik bemoei me ook niet met de lijst van te selecteren werknemers. Wel is het zo dat je vaak van de doorstarter de vraag krijgt: wilt u, als mensen die wij niet overnemen naar de concurrent stappen, ze dan wel houden aan het concurrentiebeding? Dat vind ik altijd een hele moeilijke vraag. Vaak is het onderdeel van de onderhandelingen dat je dat doet. Daarom vind ik het goed dat die concurrentiebedingen in de toekomst komen te vervallen bij faillissement.’

De rol van de vakbonden en de ondernemingsraad bij formele reorganisaties (paragraaf 4.3.4)

De geheimhouding in de relatie tot de vakbonden en de ondernemingsraad

Een vakbondsbestuurder: ‘Als je als bedrijf, als stille bewindvoerder, overgaat tot een doorstart, consulteer of verplicht bedrijven om een consultatieronde met vakbonden te doen, opdat de belangen van werknemers op enige manier behartigd worden. Desnoods in de stille fase onder geheimhouding. Nu worden we, zowel de vakbonden als de ondernemingsraad, compleet verrast en sta je achteraf compleet met lege handen en kan je niets meer.’

Een curator: ‘Ik vind dat het bestuur in een pre-pack met de vakbonden moet gaan praten. Als ik dat als beoogd curator belangrijk vind en niet de indruk heb dat het bestuur dat heel serieus neemt, dan doe ik dit zelf. Voor de ondernemingsraad geldt dit ook. Je moet overwegen de vakbonden onderdeel te laten zijn van het afwegingsproces. Als je in een eerder stadium de bonden daarbij betrekt en zegt: luister, die keuze moeten we maken, ben je het daar mee eens? Ja, dan maak je ze inderdaad medeverantwoordelijk voor de keuze. Dat maakt het voor hen ook lastiger nadien alleen maar rumoer te maken over de werknemers die niet in de doorstart mee konden. De casus moet zich er wel voor lenen, dat zal niet altijd het geval zijn. Ik denk dat die vertrouwelijkheid van die pre-pack ook belangrijk is. Je weet gewoon niet of die de bonden te vertrouwen zijn wat dat betreft. Je gaat er wel van uit, maar de kans op lekken wordt natuurlijk enorm groot. Het hangt er heel erg vanaf, maar het zou wel een positief effect hebben.’

Een advocaat: ‘Het is in het algemeen goed de bonden bij een faillissement te betrekken. Als je de bonden er op tijd in betrekt en je zegt, dit is het plan, wat vind je ervan, je mag er naar kijken en we geven je toelichting, het alternatief is faillissement. Dan gaan ze wel mee en kunnen ze niet achteraf roepen dat het een schande was. Dus het ligt voor de hand dat je zulke partijen tijdig betrekt. Het probleem is, dat de bonden zich niet aan de afspraken houden. Dit moet je natuurlijk geheim houden. Dat doen ze voor geen meter. Ik heb gewoon hele slechte ervaringen met ze. Als je de bonden inlicht, dan gaan ze direct op de achterste poten staan en schreeuwen. De stille bewindvoering helpen ze om zeep. Dat is heel zorgwekkend, heel

jammer. Dat is natuurlijk persoonlijk, misschien tref je een keer iemand die het wel goed doet. Maar we zijn hier er wel voor gewaarschuwd.'

Een curator: 'In het WCO I wetsvoorstel staat dat de rechtbank voorwaarden kan verbinden aan de benoeming van de beoogd curator, bijvoorbeeld praten met de bonden, praten met de ondernemingsraad tijdens de pre-packfase. Het lijkt mij prima om ze aan tafel te hebben, omdat ze dan ook daarna verantwoording moeten afleggen aan de mensen. Ze dragen dan wel verantwoordelijkheid. Maar het moet inderdaad in het kader van geheimhouding. Men is in de praktijk eerder bereid om de ondernemingsraad in te schakelen dan de vakbond. De ondernemingsraad heeft een veel directer belang. Men is veel angstiger om de bonden in te schakelen. De bonden zijn bijna niet in staat tot daadwerkelijke geheimhouding. En bewijs dan later maar waar dat lek zat.'

Een advocaat: 'In de ideale wereld is het heel verstandig om ook de vakbonden te informeren en het verhaal uit te leggen en voor te leggen, ook van te voren. Dan praat ik over de ideale wereld, waarin je ook die partijen gewoon informeert. Dat zijn toch ook vertegenwoordigers van een grote groep werknemers. Je ziet over het algemeen dat vakbonden geneigd zijn om dwars te liggen. En hoe meer mensen erbij betrokken zijn, hoe groter het gevaar dat het allemaal mislukt omdat er ruchtbaarheid aan gegeven wordt. In ieder geval moet geheimhouding zijn gewaarborgd.'

Een bankier: 'De ondernemingsraad speelt in faillissement geen rol tegenover de bank. Maar voorafgaand aan een pre-pack, wijst een bank er op om ook de ondernemingsraad op de hoogte te houden, om ze niet voor een verrassing te laten staan. Want dan gaat het verkeerd. Het punt van het vroegtijdig informeren van vakbonden is gewoon heel lastig. De bank zou het liefste de ondernemer adviseren om vroegtijdig de vakbonden mee te laten kijken. Er is helemaal niks op tegen. Want de ondernemer is bezig met waardebehoud, de bank is bezig met waardebehoud, alle adviseurs zijn bezig met waardebehoud. De ondernemingsraad is bezig ervoor te zorgen dat een mooi gedeelte van de werknemers aan de slag kan blijven. Dus er is helemaal niks verkeerds aan, iedereen is bezig met goeie dingen. Alleen komt dat op de een of andere manier nog niet helemaal aan bij de vakbonden. Je kan nou eenmaal niet van de daken schreeuwen dat het heel slecht gaat met je onderneming en dat je zelfs een pre-pack nodig hebt om te kunnen overleven, dat gaat nou eenmaal niet. Het zou goed zijn als we kunnen samenwerken en dat het geen probleem is dat een melding op basis van geheimhouding kan. Dat er wordt aangegeven hoeveel werknemers het aangaat en dat ze dan niet gelijk naar de pers lopen. Ja, ik zou zelf als curator ook de bonden niet durven inlichten. Wat wil je nou? Als je de vakbond belt, omdat je ze deelgenoot wilt maken en de vakbond zet het gelijk in de krant en maakt de doorstart onmogelijk: dan heb jij het gedaan als curator.'

Een advocaat: 'Ik vind het vanuit het principe van medezeggenschap fout dat de directie de ondernemingsraad buiten de pre-pack fase houdt en hen pas confronteert op de faillissementsdatum. Een echte pre-pack heeft natuurlijk als kenmerk dat de hele deal wordt gesloten vóór het faillissement. Er is een verschil met de doorstart zonder pre-pack. Je krijgt in het laatste geval theoretisch een curator die nog alles mag doen, inclusief zeggen van: ik vind deze gelieerde partij helemaal niks, ik ga toch een biedingsprocedure opstarten, ik wil toch met de ondernemingsraad spreken. Maar bij de pre-pack geeft de stille curator zijn

mening al, terwijl hij nog niet is benoemd. Ik weet niet hoe je dat moet repareren. Het is gewoon een duivels dilemma. Op het moment dat je zou verplichten dat de onderneming in de pre-pack fase met de ondernemingsraad spreekt en de vakbonden, en ze houden hun mond niet. Het hele idee is nou juist stilte, want anders gaat het mis. Ik heb één pre-pack gedaan, daar was de ondernemingsraad vanaf het begin bij betrokken. Dat was wel heel bijzonder. En die wisten dat minstens de helft van het personeel geen baan zou krijgen. De vakbonden zijn toen niet geconsulteerd. Die hebben mij toen wel op hoge poten gebeld op de dag van het faillissement. Die heb ik het toen uitgelegd en ze hebben toen geen actie ondernomen.'

De volgende advocaat had bij zijn uitlating meer een informele reorganisatie op het netvlies: 'We hebben de vakbonden geconsulteerd. Het is goed dat vakbonden vroeg in het traject worden betrokken. Je kunt je alleen afvragen of de vakbonden dat tegenwoordig nog juist invullen. Want het is vooral tegenwerking. Hier was sprake van een redelijk voorstel, zeker als je kijkt naar de alternatieven die er waren. Wat gebeurde er? De vakbond vond het voorstel goed, maar wilde geen handtekening eronder zetten. Dat zouden ze pas doen na overleg met de leden. Je kunt toch een onderhandelaarsakkoord sluiten, waarvan je dan nog zou kunnen zeggen, leg dat dan voor aan je leden? Maar ook dat vind ik al moeilijk en onbegrijpelijk. Want de rol van de bonden is bewust aan de voorkant van het traject ingestoken. Je onderhandelt met ze over een sociaal plan. Je stelt bepaalde punten bij zoals zij die willen. Dan snap ik niet dat je vervolgens moeilijk gaat doen over een handtekening. Dat heb ik nu dus twee keer meegemaakt. Dan denk ik: waarom doe je dat nu? Ze willen precedentwerking voorkomen. Want als we het met jou overeenkomen, dan ga je het aanmelden als cao, dan hebben we een probleem want dan gaat iedereen het van ons verlangen en moeten we er ook aan toegeven. Als je er op die manier in zit, wordt een discussie heel moeilijk. Ik vind het niet meer dan redelijk om aan de voorkant van een vakbond geheimhouding te verlangen tot het moment dat het besluit daadwerkelijk is genomen en is gecommuniceerd met de medewerkers. Daar maken ze altijd een enorm punt van. Dat vind ik onbegrijpelijk. Dat zou wat mij betreft best een wettelijke bepaling mogen zijn.'

Een bestuurder trachtte het punt van de geheimhouding op te lossen via de weg van een beperkte toepassing van de pre-pack: 'Tenzij je absolute geheimhouding kan waarborgen zie ik in de pre-pack fase voor het faillissement geen rol voor vakbonden of ondernemingsraad. Lang niet bij alle moeilijke bedrijfssituaties moet je echter een pre-pack toepassen. Gewoon in faillissementsvorm kan ook nog steeds als het type bedrijfsuitvoering zich daartoe leent. Als je het bedrijf kan voortzetten, na drie weken stil gelegen te hebben – er zijn bedrijfsprocessen die zich daar voor lenen – waarom zou je dan niet organen als vakbonden en de ondernemingsraad de kans geven om alsnog hun zegje te doen? Als je exploitant van een windmolenpark bent? Die windmolens lopen niet weg. Niet op elke situatie hoef je een pre-pack toe te passen. Bij een supermarktonderneming ben je de klanten zo kwijt. En als je ze kwijt bent, zie ze dan nog maar eens terug te halen. Dus daarmee ondermijn je dan de vitaliteit van je businessplan na faillissement. Dan is een vorm van pre-pack terecht, maar het hoeft niet allemaal pre-pack te zijn wat de klok slaat.'

Raadpleging van de vakbonden bij een voorgenomen doorstart uit faillissement

Een vakbondsbestuurder: 'Als je als bedrijf, als stille bewindvoerder, overgaat tot een doorstart, consulteer of verplicht bedrijven om een consultatieronde met vakbonden te doen, opdat de belangen van werknemers op enige manier behartigd worden. Desnoods in de stille fase onder geheimhouding. Nu worden we, zowel de vakbonden als de ondernemingsraad, compleet verrast en sta je achteraf compleet met lege handen en kan je niets meer.'

Een vakbondsbestuurder: 'Volgens mij heb ik nog nooit in de praktijk na een faillissement een melding onder de Fusiegedragsregels gehad. Ik krijg ze regelmatig natuurlijk van bedrijven die gewoon worden overgenomen. Maar ik heb ook niet het idee dat je daar nou heel veel kracht aan kan ontlenen als vakbond. Je kan wel in gesprek gaan met een stille bewindvoerder, met de vorige directie, de toekomstige directie en je zorgen en twijfels uiten. Als het niet een zwaarder gewicht krijgt dan dat, dan blijft het maar de vraag wat daarmee gebeurt. Maar goed, dan ben je in ieder geval in een eerder stadium aan tafel. Dan moet je nog maar zien wat daar uit komt, maar dan heb je in ieder geval niet dat je compleet verrast wordt en vanaf dat moment alleen nog maar achter de feiten aan kan lopen.'

Een vakbondsbestuurder: 'Ik denk dat ieder faillissement ons kwalijk wordt genomen. Tenminste, ik ben zelf gewend om personeel bij elkaar te roepen of in ieder geval aanwezig te zijn bij bijeenkomsten. De woede keert zich vaak tegen ons. Dat wij het niet tegen hebben gehouden. Die rol accepteer ik dan. Normaal leg je ieder resultaat dat je behaalt voor aan je leden. Zeg maar: wat vind je er van? Jullie hebben het laatste woord. En dat kan in dit soort situaties dan niet. Dat is wel een lastige voor ons. Daar moeten we denk ik als collega's een keer over doorpraten.'

Een vakbondsbestuurder: 'De beoogd curator zou de vakbond kunnen gebruiken denk ik. Want die hebben vaak toch wel wat meer zicht op wat er in een bedrijf aan de hand is dan hij in een paar dagen voor elkaar krijgt.'

Een vakbondsbestuurder: 'Je loopt als vakbond bij geheimhouding het risico dat het personeel achteraf op je opstelling kritiek heeft. Dat risico is levensgroot aanwezig. Maar het is dan de taak van de vakbondsbestuurder om achteraf aan z'n leden uit te leggen waarom hij gedaan heeft wat hij heeft gedaan.'

Een vakbondsbestuurder: 'Ik geef verreweg de voorkeur aan een doorstart met een rol voor de vakbonden, omdat de rechten van werknemers na faillissement, al dan niet met pre-pack, dan objectiever behartigd kunnen worden. Ik zou de bonden een rol geven in het bewaken van willekeur.'

Een advocaat: 'Uiteindelijk loop je achter de feiten aan. 'Ik heb adviesrecht', ja goed, maar wij moeten morgen beslissen, want anders is het bedrijf failliet. Als de curator zegt: je moet met de ondernemingsraad en bonden praten, dan probeer je dat ook wel en dat doe je ook. Maar uiteindelijk hebben ze gewoon niks meer te zeggen. Dat is het punt. En dat is één van de dingen: welke rol zou je de bonden nog wel in die voorfase kunnen geven? Hoe kun je die bonden nou echt een serieuze positie geven zonder afbreuk te doen aan het feit dat je soms in

vierentwintig uur stappen moet nemen waar je normaal een maand over doet? Je zou regelingen moeten kunnen maken die zijn toegespitst op die snelheid. Dat zal niet makkelijk zijn. Doordat je de tijd in zo'n situatie niet hebt, worden de bonden vaak helemaal buitenspel gezet. Dat vind ik niet goed, maar de vraag is: hoe zou je dat wel kunnen doen?'

Een curator: 'In WCO I kan de rechtbank aan de benoeming van de beoogd curator de voorwaarde verbinden dat hij gaat praten met de bonden en/of de ondernemingsraad onder voorwaarde van geheimhouding. Ten aanzien van de ondernemingsraad lijkt me dit zondermeer juist. Met de vakbonden ligt het lastiger. Bij veel bedrijven is maar een klein aantal werknemers lid van een vakbond. Ik vind dat er wel een bepaalde mate van georganiseerdheid moet zijn binnen het bedrijf. Daar komt bij: er is nauwelijks tijd. Je moet als beoogd curator heel efficiënt omgaan met de tijd. Een pre-pack mag niet langer duren dan maximaal twee tot drie weken waarbij de totale outstanding facilities aan het einde van de pre-pack niet hoger mag zijn dan aan het begin en de totale exposure aan schuldeisers aan het einde van de pre-pack niet substantieel meer mag zijn. De onderneming mag er in de pre-pack periode dus niet op achteruit zijn gegaan en geen nieuwe schulden hebben gekregen die niet kunnen worden betaald. Ik kan me voorstellen dat je opneemt dat je in de pre-packperiode met de vakbonden moet praten als er (i) geen ondernemingsraad is, (ii) wel een ondernemingsraad is maar de mate van georganiseerdheid van de bond boven de 50% ligt, en (iii) het bedrijf een bepaalde omvang overstijgt. Een beoogd curator moet gewoon veel strikter weten waar hij aan toe is. Nu is het afhankelijk van de couleur locale. De een doet veel, de ander doet weinig.'

Een vakbondsbestuurder: 'We hebben al de Wet op de ondernemingsraden, de Wet Melding Collectief Ontslag, denk ook aan de Fusiegedragsregels die bepalen dat je bij een overname eerst met de vakbonden aan de tafel moet zitten. Probleem is dat onze positie eigenlijk vooral georganiseerd wordt door onze achterban. Normaal gesproken heb je in een onderhandeling een positie: hoe sterker je achterban is, hoe groter je positie is. Als ik 100% organisatiegraad heb en de werknemers zijn ook nog bereid om voor de poort te gaan staan, zal een werkgever sneller naar mij luisteren dan als ik niet veel leden heb die niet voor de poort gaan staan. Op die manier kan ik geen positie maken. Dus dan moet ik een juridische positie maken, waarbij onze mening een zwaarwegender rol krijgt dan luisteren naar ons standpunt bij een bakje koffie drinken. Want in het laatste geval is een overleg een tandeloze tijger. Dus een zwaarwegender 'iets', waarbij de rechter-commissaris onze input ook echt mee moet wegen in het definitieve besluit. Ik vind dat dit moet gelden in alle gevallen, anders zouden we één bedrijf de voorkeur geven boven de ander. Onwenselijk is bovendien dat anders het ene bedrijf misbruik kan maken van de pre-pack en de andere niet, dan krijg je ook concurrentieverschillen. Dus aan een overleg met de stille bewindvoerder moet juridisch gewicht hangen. Dat kan bijvoorbeeld door overgang van onderneming op te leggen, dan moet die werkgever met ons gaan praten. Er is een scala van juridische oplossingen te verzinnen.'

Een vakbondsbestuurder: 'Ik denk dat we er verstandig aan doen om bij een doorstart in de Faillissementswet de vakbeweging een onderhandelingsrol te geven. Laat er een gesprek zijn tussen de curator, de overnemende partij en de vakbonden over de vraag onder welke voorwaarden men doorstart. Bijvoorbeeld over de vraag of er sprake zal zijn van opvolgend

werkgeverschap of niet. Laat dat in een onderhandelingssituatie zijn beslag krijgen. Ik vind dat je dat van geval tot geval moet bekijken. Wat is goed voor de onderneming? Want overvragen is ook niet handig, daarmee blijft de werkgelegenheid niet behouden.'

Een advocaat van een ondernemingsraad wees op een specifiek aspect betreffende de samenhang tussen de meldingsplicht van de curator jegens de vakbonden op grond van art. 3 lid 1 van de Wet melding Collectief Ontslag (WMCO) en de loongarantieregeling als voorzien in hoofdstuk IV van de Werkloosheidswet (WW): 'De curator die collectief werknemers wil ontslaan, moet eerst een melding doen in het kader van de WMCO. En dan ontstaat een probleem. De curator kan de werknemers pas opzeggen na die WMCO melding, maar het UWV dekt alleen maar tot 6 weken na de datum van het faillissement. De curator moet formeel eerst bij de vakbonden langs voor de WMCO. De melding in het kader van de WMCO betekent dat de curator met de vakbonden in gesprek moet gaan op grond van de WMCO. De maand opschorting geldt niet, maar de curator moet wel raadplegen en daarna kan hij pas de werknemers ontslaan. Dan ben ik praktisch een paar dagen verder. Dan verlies je daarmee in principe een aantal dagen van de door het UWV gedekte periode.' Deze reactie doelt op het feit dat de garantieregeling in art. 64 WW slechts ziet op het loon over de geldende opzegtermijn waarbij de termijn van zes weken van art. 40 Fw als maximum geldt. Het punt speelt indien er geen geld in de boedel zit voor de betaling van boedelschulden.

Het adviesrecht van de ondernemingsraad bij een voorgenomen doorstart uit faillissement

Een advocaat: 'Over het algemeen zie ik alleen maar goeie dingen van medezeggenschap. Iedere ondernemer die verstandig is, gebruikt medezeggenschap om mensen mee te krijgen in zijn onderneming. Ik heb als curator in het verleden bij een doorstart meegemaakt dat de medezeggenschap de werknemers bij elkaar hield. Er werd door hen goed terug gecommuniceerd. Dus iedereen voelde het als een familie, die bij elkaar bleef met hetzelfde doel. Die wilden weer naast elkaar in de keet zitten bij wijze van spreken. Met name bij de mensen op de werkvloer is dat veel sterker dan bij overhead functies.'

Een advocaat van een ondernemingsraad: 'De ondernemingsraad verdwijnt niet op het moment van het faillissement. De onderneming blijft bestaan en de ondernemingsraad blijft dus ook bestaan. Dat betekent dat de ondernemingsraad een adviesrecht heeft ten aanzien van een voorgenomen doorstart. Maar wat kan dit advies zijn? Als het advies negatief is, dan gaat de doorstart niet door en dan heeft niemand werk. Dus dan geef je een positief advies, maar eigenlijk wil je dat er meer mensen mee waren gegaan. Dus ja, de ruimte voor een ondernemingsraad om te adviseren is minimaal.'

Een vakbondsbestuurder: 'De ondernemingsraad heeft nu ook al een rol. Maar die pakken ze niet. Of ze weten het niet. Ze worden onvoldoende geadviseerd. Want in de meeste faillissementen die ik tegen kom, ook in pre-pack, wordt de ondernemingsraad gewoon om zeep geholpen. We zijn failliet dus jullie bestaan niet meer. Dat is echt een misvatting. Dat is toch vreemd, ook van de curatoren, want volgens mij weten de curatoren hoe het zit. Die medezeggenschap is er, die heb je nog. Probeer aan de voorkant vakbonden erbij te betrekken en die medezeggenschap erbij te betrekken. Zorg dat ondernemingsraden weten wat hun rechten en plichten zijn in deze situaties.'

Een voorzitter ondernemingsraad: ‘Wij zijn niet om advies gevraagd over de overname. Daar is een mededeling over gedaan. Toen hebben we het er ook al over gehad: had dit mogelijk toch een adviesaanvraag moeten zijn?’

Een advocaat: ‘Als de ondernemingsraad weet van de problemen en er wordt niet verteld dat men een pre-pack gaat doen, maar pas als de pre-pack er is, dan roept dat vragen op bij betrokkenen. Ik denk dat je gewoon met de ondernemingsraad aan tafel gaat en vertelt wat er aan de hand is. Dat geldt in mijn opvatting voordat de pre-pack wordt aangevraagd, maar ook voor de doorstart, want die is een logisch gevolg van de pre-pack. Die doorstart kan natuurlijk ook met een externe partij zijn. Een adviesrecht betreffende de doorstart op zichzelf is geen probleem, maar een beroepsrecht bij de Ondernemingskamer is qua tijdsbestek niet zinvol.'

Een curator: ‘Wat zou je nou in faillissement mogen verwachten van een ondernemingsraad? Ik weet het echt niet. Is het nou reëel om te verwachten dat een ondernemersraad echt een vuist maakt? Een vakbond belt heel vaak op in het begin, dan sta ik ze ook meteen te woord, die komen meteen de eerste avond langs. Wat wil je bereiken? We bespreken altijd de afspiegeling en de vraag te zorgen dat zoveel mogelijk mensen mee mogen en of ik wil kijken of de arbeidsvoorwaarden zo goed mogelijk zijn. Ik zeg: jongens, ik doe mijn best, maar welke middelen hebben we dan met elkaar? En dan zeggen ze: nou, ik ben blij dat ik met u heb kunnen praten zo snel. Het is volgens mij in goede handen, doet u maar uw best. Dan is de vakbond klaar. Ik hoor nooit meer dan dat. Tenzij je niet zorgt dat ze aan tafel komen. Maar ik vind het ook niet reëel om daar de taak en verantwoordelijkheid neer te leggen. Kan je daar regels over geven? Ik zou niet weten welke regels je dan mee zou moeten geven om te zorgen dat ze wel een wat steviger positie hebben. Als een ondernemingsraad of een vakbond een rol krijgt, wat mag je dan van ze verwachten? Hoe kun je nou invloed aanwenden als ondernemingsraad of als vakbond in een traject waar de regels toch verder vrij zwart-wit liggen? Vaak treffen we ook geen zichtbare interesse van de vakbonden en ondernemingsraden. Na surseance heb ik ook niet het gevoel dat de ondernemingsraad zelf ziet dat ze een rol hebben.’

De invloed van de Wwz (paragraaf 4.4)

Opvolgend werkgeverschap en de ketenregeling (paragraaf 4.4.1)

Een bankier: ‘De nieuwe regeling inzake opvolgend werkgeverschap maakt het moeilijker om kopers te vinden en het zal effect hebben op de prijs. Als een overnemende partij substantieel minder biedt dan zullen wij toch als banken zeggen van: ik weet niet of ik daar aan mee werk. Dan moet de propositie goed zijn. En die propositie moet dus beter worden als de prijzen lager worden. Per saldo zal je minder snel een oplossing gaan vinden. Kleinere bedrijven zijn sneller strategen. Daar zal het een minder grote impact hebben, omdat die een betere inschatting kunnen maken. Grotere partijen zijn vaak private equity jongens die een efficiencyslag willen slaan. Dus de prijs gaat daar omlaag. Ik denk dat het impact gaat hebben.’

Een curator: ‘Om doorstartende bedrijven zoveel mogelijk in de gelegenheid te stellen continuïteit te vertonen en dus zo min mogelijk kapitaal te laten verdampen, is een belangrijk criterium voor de doorstarter: kan ik selecteren in personeel en kan ik mensen aannemen op de manier waarvan ik denk dat het goed is voor het bedrijf? Elke beperking die daarin aangebracht wordt, door de wetgever of door jurisprudentie, maakt de kansen op een succesvolle overname kleiner. In al mijn werkzame jaren heb ik ervaren dat dit een ongelooflijk belangrijk element was in een overnamedeal.’

Een bankier: ‘Voor een koper is het verstandig om flexibel te zijn en zo min mogelijk mensen in vaste dienst te nemen. Dat is niks van deze tijd hoor. Twintig jaar geleden werden er ook doorstarts gedaan en dan werd het gros van het personeel aangenomen op een halfjaarcontract of een jaarcontract. Alleen diegenen die onvervangbaar waren, kregen een vast dienstverband. Wil het bedrijf levensvatbaar blijven, dan heb je een stukje flexibiliteit nodig. Het hangt gewoon erg van het marktsegment af. Het remt in het algemeen als er teveel mensen op kortlopende dienstverbanden worden aangenomen en daar ben ik zelf ook niet echt kapot van, maar die trend in faillissementen, die was er altijd al. Als we bijvoorbeeld van de 200 werknemers 70 flexibel doen met een halfjaarcontract, dan is dat hartstikke vervelend voor die mensen, maar voor die andere 130 die wel hun vaste baan hebben en die ook in de toekomst door kunnen, is het belangrijk dat er een flexibele schil is. Of er niemand meer werk heeft of dat de helft blijft bestaan of werk blijft houden, is iets waar je heel diep over na moet denken.’

Een curator: ‘Het opvolgend werkgeverschap is vooralsnog de hond in de pot bij een doorstart. Ik heb meegemaakt dat een bieder toch niet akkoord ging met de doorstart, omdat hij het risico liep ten aanzien van het doorlopen van periodes ten aanzien van de arbeidsverbanden van het personeel. Ook de transitievergoeding draagt niet bij aan de totstandkoming van een doorstart. Het is merkbaar dat bieders bij een doorstart terughoudender zijn door de bescherming die het arbeidsrecht biedt. Als een externe partij met een doorstart echt het financiële risico neemt, zonder extensieve voorkennis het bedrijf instapt, dan verdient hij bescherming bij tegenvallende resultaten. Voor doorstarters die zich daartegen indekken, door bijvoorbeeld het hele management mee te nemen, zou een andere regeling moeten komen. Doorstarts zouden daardoor meer geld kunnen opbrengen en er blijft meer personeel behouden. Nu worden dergelijke risico’s ingecalculeerd, men zegt het al tijdens de onderhandelingen. Doorstarters gaan nu voorzichtiger te werk en proberen dergelijke risico’s te verdisconteren in de prijs of te omzeilen door minder werknemers mee te nemen.’

Een curator: ‘De Wwz maakt het doorstarten van ondernemingen lastiger. De kopende partijen moeten worden gewezen op de risico’s – misschien wel op detailniveau. De praktijk zal echt richting due dilligence moeten als het op arbeidsovereenkomsten aankomt. De pre-pack is geen afzonderlijk insolventie-instituut. Het is een middel. Als curator is het dan minder werkbaar om een doorstart te realiseren. In Frankrijk zie je nauwelijks doorstarts vanwege de werknemersbescherming. Daar lopen we in de praktijk tegenaan.’

Een curator: 'De goede werknemers blijven toch wel, de minder goede en de twijfelgevallen zullen eerder buiten boord vallen bij een doorstart. Dat is denk ik de consequentie van de nieuwe regeling van het opvolgend werkgeverschap.'

Een curator: 'De verruiming van het opvolgend werkgeverschap in de Wwz bijt zich in de staart in de zin dat misschien bepaalde werknemers niet meer worden aangenomen. Het heeft ook gevolgen voor de crediteuren, want er wordt gewoon minder geboden. Daar ben ik van overtuigd. Nou zie je in het gemiddelde faillissement natuurlijk wel dat het geld, als dat er al is, gaat naar een zeer beperkte groep van belanghebbenden. Het UWV, de Belastingdienst.'

Een curator: 'De 'key functionarissen' redden zich wel, die komen altijd goed terecht. Maar de gewone man in de blauwe overall wordt hier echt sterk door gedupeerd. Met de allerbeste bedoelingen van de politiek, denk ik dat ze gedupeerd worden. Beetje hetzelfde idee met die inperking tot twee jaar voor bepaalde tijd contracten. Alle ondernemers die ik spreek zeggen van, nou we moeten de zaak zo aanpassen dat het niet langer dan twee jaar duurt. Daarna gaan ze eruit. De onderneming is een verrekt riskante aangelegenheid tegenwoordig. En dat is ook een beetje de miskenning van de politiek, dat ondernemen heel riskant is.'

Een advocaat: 'Ik denk dat dit juist tot een scherpere selectie zal leiden. Dat je dan toch wel even gaat kijken of je niet in plaats van die meneer met dertig jaar dienstverband niet toch die werknemer die vorig jaar in dienst is getreden moet nemen.'

Een bestuurder: 'De nieuwe regeling van het opvolgend werkgeverschap zorgt ervoor dat de terughoudendheid om een doorstart met een onderneming te doen, toeneemt. Als ik nu naar een faillissement kijk, denk ik, wat ga ik daar van overnemen? Dan ga je er heel anders naar kijken, het risicomanagement wordt heel anders. En dat is niet ten gunste van de werknemer. Dus er zit een pijnlijke keerzijde vanuit werkgeversperspectief aan de veranderde wetgeving op het gebied van de transitievergoeding en de voortzetting dienstverband bij faillissement waarvan ik vrees dat de werknemer de rekening gaat betalen.'

Een curator: 'De veranderingen van de Wwz zullen er toe leiden dat waar mogelijk ander personeel in dienst wordt genomen bij een doorstart.'

Een curator: 'De wijziging van de ketenregeling door de Wwz zal doorstarts verhinderen. De doorstart zal dan een meer uitgeklede activatransactie worden waarbij de doorstarter met een nieuwe groep mensen begint.'

De transitievergoeding (paragraaf 4.4.2)

Een advocaat: 'Ik denk dat de wetgever bij het bepalen dat de transitievergoeding niet verschuldigd is bij surseance een keuze heeft moeten maken. Hij kwam voor een onmogelijke tweesprong te staan en is voor deze keuze gegaan. Ik begrijp de keuze, maar de vraag is wel of het niet een perverse prikkel kan zijn en ik meen dat dit risico bestaat.'

Een vakbondsbestuurder: 'Ik denk dat bedrijven vaker zullen kiezen voor een surseance om geen transitievergoeding te hoeven betalen. Er zijn natuurlijk ook bedrijven die het echt niet

kunnen betalen, bij wie het water al lang aan de lippen staat, en dan noodgedwongen in een surseance geraken. Soms grijpt men te laat in. Ik heb met huilende ondernemers aan tafel gezeten, de curator had hen alles afgenomen. Maar ik denk bij mezelf; je bent toch ondernemer? Had een jaar eerder aan de bel getrokken, dan hadden we misschien wel een oplossing gevonden. Een deel van de ondernemers steekt z'n kop te lang in het zand, bewust of onbewust.'

Een advocaat: 'Wat natuurlijk niet helpt, is dat je een transitievergoeding moet betalen. Voor 1 juli 2015 betaalde je de ontslagen mensen niks, behalve als uit hun cao iets volgde, maar dat was lang niet bij alle bedrijven het geval. Dus zie ik in zaken waar ik in betrokken ben, dat er gemakkelijker wordt gekozen voor faillissement, omdat die transitievergoedingen niet te betalen zijn. Het is wel vrij zuur dat wat je standaard moet betalen bij ontslag absoluut zal leiden tot meer faillissementen.'

Een curator: 'Er komt natuurlijk een moment dat we weer in een recessie geraken. Dan zul je zien dat het MKB zoals dat de laatste keer gigantisch gereorganiseerd heeft met sociale plannen waar 0,1 werd betaald of überhaupt niks werd betaald, omdat mensen gewoon massaal werden ontslagen met een ontslagvergunning zonder dat er enige vorm van vergoeding betaald werd, dat de transitievergoeding problematisch gaat worden voor die categorie ondernemingen. Er is dan een behoorlijke kans dat surseance dan wel faillissement gebruikt wordt om te reorganiseren, omdat anders transitievergoedingen verschuldigd zijn. Je zou kunnen overwegen of je niet een reservering zou moeten plegen op je balans, in je jaarrekening, voor latente transitievergoedingen. Over een aantal aspecten van de Wwz is ten aanzien van de implicaties voor de praktijk onvoldoende nagedacht en dit vind ik er een van.'
Een vakbondsbestuurder: 'Je moet als vakbond er nu bij bedrijven met financiële problemen voor waken dat ze niet over de rand gaan. Want dan krijgen ontslagen werknemers niets.'

Een bedrijfsjurist: 'Het feit dat er geen transitievergoeding verschuldigd is na surseance/-faillissement zal waarschijnlijk ook een van de afwegingen zijn. Er zijn ook negatieve kanten aan een surseance, dan zou dit een plus zijn.'

Een advocaat: 'Omdat de transitievergoeding niet geldt bij surseance, zal zeker de afweging gemaakt worden om een surseance in te gaan om van die transitievergoeding af te komen. Althans in ieder geval vooralsnog, want het is natuurlijk nog maar de vraag hoe dat uiteindelijk uitpakt.'

Een advocaat: 'Doordat er geen transitievergoeding verschuldigd is in surseance krijg je eerder een succesvol akkoord, want de kans wordt steeds groter dat je het akkoord gefinancierd krijgt. Maar dan zie je het bedrijf dus verder gaan en dan heb je dus niks gekregen als werknemer. Ik vind dat in surseance ontslag gemakkelijk verleend moet kunnen worden, maar ik zou het wel billijk vinden als de werknemers als een klasse in het akkoord zouden worden opgenomen. Dat je ze dan een bepaald percentage kunt geven waar ze op kunnen stemmen. Want de behandeling van de werknemers in een surseance in de Wwz vind ik best heftig. Ik geloof ook dat het in sommige gevallen uitnodigt tot een nieuwe strategie.'

Een vakbondsbestuurder: 'Ik denk dat er door het niet verschuldigd zijn van de transitievergoeding meer gebruik gemaakt gaat worden van de surseance van betaling.'

Een advocaat: 'Ik denk dat een surseance vaker wordt gebruikt als de transitievergoeding dan niet betaald hoeft te worden.'

Een vakbondsbestuurder: 'Je zou kunnen regelen dat ondernemingen aan een fonds premies afdragen waardoor zeker wordt gesteld dat bij faillissementen werknemers die in de doorstart niet mee kunnen een transitievergoeding krijgen. Dit wordt dus niet afgerekend bij de doorstart, maar de werkgevers betalen premie en als bij een faillissement mensen niet meekunnen, krijgen ze de transitievergoeding vanuit het fonds om hen weer mobiel te krijgen op de arbeidsmarkt. En zo zorg je er ook voor dat die werkgever, door een bijdrage te leveren, solidair is.'

Een bedrijfsleider: 'Als de reorganisatie na 1 juli 2015 had gespeeld, dan hadden we de transitievergoeding gedragen. Het is gewoon wat het is.'

Een ondernemer: 'Veel MKB'ers begrijpen nauwelijks hoe de Wwz werkt. De bakker en de fietsenmaker op de hoek hebben geen flauw idee. Het probleem gaat zich pas voordoen wanneer de fietsenmaker zijn knecht wil ontslaan die 25 jaar in dienst is. Dit omdat de fietsenmaker te weinig verdient en hij niet failliet wil gaan. Dat moet hij zijn knecht een bedrag meegeven waarvan hij de hoogte in zijn leven nog nooit heeft gezien. Dit kan hij simpelweg niet betalen. Hoezo is het onder de Wwz goedkoper? Het tegendeel is waar. Hij kan juist failliet gaan en wat moet hij daarna? De fietsenmaker heeft niets meer. Ook geen pensioen. Hij is alles kwijt. Voor werknemers is er van alles geregeld, maar voor zelfstandigen niet. De buitenwereld zou kunnen denken, de fietsenmaker gaat failliet, 'loost' zijn personeelslid en gaat daarna vrolijk verder. Wat men echter vergeet, is dat de fietsenmaker niets meer heeft. De transitievergoeding bij ontslag is zo hoog dat niet is te verwachten dat banken het toestaan dat een dergelijke hoeveelheid cash uit het bedrijf wordt getrokken om het personeel te kunnen ontslaan, als er al voldoende liquide middelen zijn. Het bedrijf investeert mede daarom in automatiseren. De transitievergoeding is de grootste blokkade. Het is begrijpelijk hoe de Wwz tot stand is gekomen, maar te billijken is het niet. De wet leidt ertoe dat de fietsenmaker minder snel iemand aanneemt en opleidt. Daarnaast bestaat er ook een groot risico op langdurige procedures. Een bank ziet die risico's ook en zal een onderneming dan niet doorfinancieren. Het is verstandiger om de fietsenmaker failliet te laten gaan. Het ziet er dan ook somber uit voor het MKB, maar het zal langer duren voordat de tekenen daarvan te zien zullen zijn.'

Een bestuurder: 'Als je verlies lijdt dan moet je een paar keer per jaar de aandeelhouder bellen om te vragen of hij geld overmaakt. Als je over een heel jaar 1,2 miljoen kwijt raakt moet je elke maand 100.000 aan die man vragen. De verliezen moeten gefinancierd worden en de enige die dat kan doen is de aandeelhouder want de bank doet het niet. Dan ga je, om te zorgen dat het verlies in de toekomst lager wordt, een reorganisatie doorvoeren, omdat je de organisatie moet aanpassen aan de situatie in de markt. De aandeelhouder moet dan, los van het feit dat hij al kosten moet maken, zijn vertrekkende werknemers geld betalen voor het feit dat ze weg gaan, terwijl hij al een groot verlies lijdt. Dat geeft een tegenstrijdig gevoel. Dat

wordt versterkt door het feit dat hij als werkgever zijn werkgeversverplichtingen, belastingen, gedurende de periode daarvoor netjes heeft betaald. Dus hij heeft de sociale lasten van deze mensen gedragen en wordt vervolgens geconfronteerd met een kostenpost omwille van het feit dat die mensen gebruik gaan maken van de sociale voorzieningen die er zijn. Er zitten medewerkers bij van wie de kansen op de arbeidsmarkt beperkt zijn. Die hebben een langere overbrugging nodig, die moeten zich misschien omscholen, die moeten een auto kopen omdat ze nu opeens verder weg gaan werken. Daarvan kun je zeggen: het is gerechtvaardigd dat die daar wat middelen voor krijgen. Maar er zijn ook mensen bij, die stappen naar buiten, solliciteren en een maand later hebben ze een baan. Waar hebben die de transitievergoeding dan voor nodig? Het wordt een verdienmodel. Het is natuurlijk raar om van de sores van de één een verdienmodel voor de ander te maken. Het zou ertoe kunnen leiden dat men tot de conclusie komt: wij stoppen met die onderneming. Bij klassieke familiebedrijven zijn vaak lange dienstverbanden, dat wordt een hele dure situatie. Waar dat toe gaat leiden, is dat iedereen een dienstverband krijgt voor bepaalde tijd. Het wordt in de hand gewerkt door de structuur die ons geboden wordt en ze drijven mij in dezelfde hoek.’

Bijlage 5 De gehanteerde topiclists

Zoals in paragraaf 1.3.3 is beschreven, vormden de interviews de voornaamste bron van informatie voor dit onderzoek. Deze interviews zijn afgenomen aan de hand van een semi-gestructureerde vragenlijst (topiclist).
De in de topiclist opgenomen open vragen zijn als leidraad voor de interviews gebruikt. Wanneer de specifieke casus daarom vroeg, zijn er aanvullende, op de casus toegespitste vragen gesteld. Daar waar de antwoorden van de geïnterviewde(n) een nadere toelichting vereisten, hebben de interviewers extra vragen gesteld.

Om recht te kunnen doen aan de uiteenlopende achtergronden en het daarbij behorende perspectief van de geïnterviewden, heeft het onderzoeksteam vijf topiclists opgesteld. Er was een topiclist voor elk van de volgende vijf groepen:

- Advocaat van de onderneming
- Curator en/of bewindvoerder van de onderneming
- (Advocaat van) de financier van de onderneming
- Ondernemer en bestuurder
- Werknemers(vertegenwoordiging) van de ondernemer

Elk interview werd begonnen met een korte introductie, waarin de onderzoekers ingingen op het doel van het onderzoek en het interview, de achtergrond van de interviewers, de duur van het interview en de verwerking van de resultaten.
Vervolgens werd een geheimhoudingsverklaring getekend door de interviewers. De geïnterviewden tekenden een toestemmingsverklaring waarin zij aangaven ermee in te stemmen dat er na uitwerking van de casestudies te vernietigen geluidsopnames van de interviews werden gemaakt. Het onderzoeksteam heeft deze toestemmingsverklaringen mede ondertekend.

Hieronder is de tekst van de vijf gehanteerde topiclists opgenomen.

ONDERNEMINGEN IN FINANCIËLE MOEILIJKHEDEN EN DE ARBEIDSRECHTELIJKE POSITIE VAN HUN WERKNEMERS

TOPICLIST – Ondernemer/Bestuurder van de onderneming

THEMA 0: ACHTERGRONDINFORMATIE (persoon en relatie tot casusorganisatie)

- Wat is uw huidige functie?
- Hoe lang bent u al werkzaam bij uw huidige werkgever/organisatie?

THEMA 1: AARD EN OMVANG VAN DE ORGANISATIE

- Wat is de naam van de organisatie?
- Wat is de onstaansgeschiedenis?
- Onder welke rechtsvorm wordt de onderneming gedreven?
- In welke sector ontplooit de organisatie haar economische activiteiten?
- Welke producten en/of diensten biedt de organisatie aan?
- Hoeveel personen zijn (of waren) bij de organisatie werkzaaam (evt. in fte)?
- Hoeveel procent van de totale kosten bestaan of bestonden uit personeelskosten?
- Wat is/was de grootste kostenpost van de onderneming?
- Hoe is de onderneming gefinanicierd?
- Hebben in de afgelopen tien jaren voorafgaand aan de recente financiële moeilijkheden belangrijke reorganisaties plaatsgevonden binnen de onderneming? denk hierbij aan fusies, overnames, het afstoten van bedrijfsonderdelen, een sanering van het personeelsbestand of het overschakelen op een “flexibele schil”.

THEMA 2: AARD EN OMVANG VAN DE FINANCIËLE PROBLEMEN VAN DE ONDERNEMING

- Hoe lang verkeert of verkeerde de organisatie in financiële problemen/wanneer zijn deze ontstaan?
- Hoe groot was de schuldenlast van de onderneming op het moment van het signaleren van de financiële problemen?
- Hoe heeft deze schuldenlast zich ontwikkeld?
- Hoe werden de financiële problemen gesignaleerd en door wie?
- Wat is volgens u de belangrijkste oorzaak van de financiële problemen/welke conjucturele of structurele oorzaken zijn aan te wijzen?

THEMA 3: BESLUITVORMING OMTRENT FINANCIËLE MOEILIJKHEDEN

- Kunt u beschrijven hoe het besluitvormingsproces er uit zag?
- Welke rol speelde de arbeidsrechtelijke positie van de werknemers in dit proces?
- Welke pogingen zijn ondernomen om de onderneming uit de financiële problemen te krijgen?
  - hoe is geprobeerd de inkomsten te verhogen?
  - hoe is geprobeerd de kosten te verminderen?
- Welke maatregelen zijn overwogen om de onderneming uit de financiële problemen te krijgen toen de finanicële situatie problematisch werd?
- Is een faillissement overwogen om schulden te saneren of personeel af te vloeien?
- Welke maatregelen zijn vervolgens getroffen om de onderneming uit de financiële problemen te krijgen?
- Waarom is juist voor deze maatregelen gekozen/welke overwegingen speelden hierbij een rol?
- Van wie kwam het intiatief voor deze maatregelen?
- Welke stakeholders waren bij dit proces betrokken?
- Welke rol speelden zij binnen dit proces?
- In hoeverre zaten de betrokkenen op een lijn met betrekking tot de te nemen maatregelen om de problemen op te lossen?
- In welke mate is de or bij het besluitvormingsproces omtrent de financiële situatie betrokken?
- Is de or in de gelegenheid gesteld gebruik te maken van haar advies- of instemmings-recht?
- Hoe lang heeft de voorbereiding van deze maatregelen geduurd?
- Wat leverden deze maatregelen op?
- Wat waren de kosten van deze maatregelen?
- Liep de onderneming tegen knelpunten aan en zo ja, welke?
- In welk tijdsbestek hebben deze maatregelen plaatsgevonden?
- Heeft de onderneming externe adviseurs ingeschakeld om het reddingsproces te begeleiden en zo ja, welke?
- Welke factoren hebben de keuze voor de maatregelen beïnvloed?
- Welke rol speelde (het behouden van) de werkgelegenheid tijdens het besluit-vormingsproces?
- Levert de huidige arbeidsrechtelijke positie van werknemers een risico op oneigenlijk van het faillissementsrecht op? zo nee, waarom niet, zo ja, waarom en in welke mate?

THEMA 4: GEVOLGEN VOOR DE ONDERNEMING

- Wat hebben de maatregelen opgeleverd?
  - aantallen krimp in werkgelegenheid
  - kostenbesparing
  - verbetering liquiditeit/solvabiliteit?
- Welke consequenties hadden de maatregelen voor de onderneming/werknemers/-andere stakeholders?
- Zijn onderdelen van de onderneming afgestoten en zo ja, welke?

- In welke mate gaf de arbeidsrechtelijke positie van de werknemers de doorslag tot dit gevolg?
- Hoe is het de (gecontinueerde) onderdelen van de onderneming vergaan?
- Welke onderdelen hebben het zwaarst geleden onder de financiële moeilijkheden?
- Zou achteraf – terugkijkend op het proces – voor een andere aanpak zijn gekozen?
- Hoe ziet de toekomst van de onderneming er uit?

THEMA 5: MOGELIJKE INVLOED ANDERE REGELGEVING

- Bent u op de hoogte van de veranderingen die de Wwz, WCO I en WCO II (al dan niet) meebrengen voor de positie van werknemers bij een reorganisatie?
- Had deze regelgeving in dit concrete geval kunnen leiden tot een andere uitkomst voor de onderneming?
- Had deze regelgeving in dit concrete geval kunnen leiden tot een andere uitkomst met betrekking tot (behoud van) werkgelegenheid?
- Los van de eerder genoemde regelgeving, welke veranderingen in de arbeidsrechtelijke positie van werknemers zouden in uw ogen bij kunnen dragen aan:
    - het eenvoudiger kunnen redden of doorstarten van bedrijven, en/of;
    - het verminderen van de nadelen van een faillissement voor de werknemers en de schuldeisers;
    - het risico op oneigenlijk gebruik van het faillissementsrecht?

ONDERNEMINGEN IN FINANCIËLE MOEILIJKHEDEN EN DE ARBEIDSRECHTELIJKE POSITIE VAN HUN WERKNEMERS

TOPICLIST – Advocaat van de onderneming

THEMA 0: ACHTERGRONDINFORMATIE (persoon en relatie tot casusorganisatie)

- Wat is uw huidige functie?
- Hoe lang bent u al werkzaam bij uw huidige werkgever/organisatie?

THEMA 1: AARD EN OMVANG VAN DE ORGANISATIE

- Wat is de naam van de organisatie?
- Onder welke rechtsvorm wordt de onderneming gedreven?
- In welke sector ontplooit de organisatie haar economische activiteiten?
- Welke producten en/of diensten biedt de organisatie aan?
- Hoeveel personen zijn (of waren) bij de organisatie werkzaaam (evt. in fte)?
- Hoeveel procent van de totale kosten bestaan of bestonden uit personeelskosten?
- Wat is/was de grootste kostenpost van de onderneming?
- Hoe is de onderneming gefinanicierd?
- Hebben in de afgelopen tien jaren voorafgaand aan de recente financiële moeilijkheden belangrijke reorganisaties plaatsgevonden binnen de onderneming? denk hierbij aan fusies, overnames, het afstoten van bedrijfsonderdelen, een sanering van het personeelsbestand of het overschakelen op een "flexibele schil".

THEMA 2: AARD EN OMVANG VAN DE FINANCIËLE PROBLEMEN VAN DE ONDERNEMING

- Hoe groot was de schuldenlast van de onderneming op het moment van het signaleren van de financiële problemen?
- Hoe lang verkeert of verkeerde de organisatie in financiële problemen?
- Hoe werden de financiële problemen gesignaleerd en door wie?
- Wat is volgens u de belangrijkste oorzaak van de financiële problemen welke conjucturele of structurele oorzaken zijn aan te wijzen?

THEMA 3: BESLUITVORMING OMTRENT FINANCIËLE MOEILIJKHEDEN

- Op welke manier raakte u betrokken bij de besluitvorming over financiële moeilijk-heden?
- Kunt u beschrijven hoe het besluitvormingsproces er uit zag?
- Welke rol speelde u in dit proces?
- Wanneer bent u bij de besluitvorming betrokken geraakt?
- Welke stakeholder heeft u bijgestaan? (bestuur, aandeelhouder, rvc, or e.d.)
- Welke maatregelen zijn overwogen om de onderneming uit de financiële problemen te krijgen?

- hoe is geprobeerd de inkomsten te verhogen?
- hoe is geprobeerd de kosten te verminderen?

- Bij welke vraagstukken werd uw advies ingewonnen?
- Wat heeft u hierbij geadviseerd?
- Is een faillissement overwogen om schulden te saneren of personeel af te vloeien?
- Welke factoren/overwegingen leidden tot dit advies?
- Welke maatregelen zijn uiteindelijk getroffen om de onderneming uit de financiële problemen te krijgen?
- Waarom is juist voor deze maatregelen gekozen/welke overwegingen speelden hierbij een rol?
- Van wie kwam het intiatief voor de maatregelen?
- Welke stakeholders waren bij dit proces betrokken?
- Welke rol speelden zij binnen dit proces?
- In hoeverre zaten de betrokkenen op een lijn met betrekking tot de te nemen maatregelen om de problemen op te lossen?
- In welke mate is de or bij het besluitvormingsproces omtrent de financiële situatie betrokken?
- Is de or in de gelegenheid gesteld gebruik te maken van haar advies- of instemmings-recht?
- Hoe lang heeft de voorbereiding van deze maatregelen geduurd?
- Wat leverden deze maatregelen op?
- wat waren de kosten van deze maatregelen?
- Liep de onderneming tegen knelpunten aan en zo ja, welke?
- In welk tijdsbestek hebben deze maatregelen plaatsgevonden?
- Heeft de onderneming externe adviseurs ingeschakeld en zo ja, welke?
- Welke factoren hebben de keuze voor de maatregelen beïnvloed?
- Welke rol speelde (het behouden van) de werkgelegenheid tijdens het besluitvormingsproces?
- Zijn er knelpunten ervaren bij het redden van de onderneming en zo ja, welke?
- Welke rol speelde de bescherming van werknemers bij de besluitvorming omtrent de maatregelen die genomen moesten worden om de onderneming te redden?
- Levert de huidige arbeidsrechtelijke positie van werknemers een risico op oneigenlijk van het faillissementsrecht op? zo nee, waarom niet, zo ja, waarom en in welke mate?

THEMA 4: GEVOLGEN VOOR DE ONDERNEMING

- Wat hebben de maatregelen opgeleverd?
  - aantallen krimp in werkgelegenheid
  - kostenbesparing
  - verbetering liquiditeit/solvabiliteit?
- Welke consequenties hadden de maatregelen voor de onderneming/werknemers/-andere stakeholders?
- Zijn onderdelen van de onderneming afgestoten en zo ja, welke?
- In welke mate gaf de arbeidsrechtelijke positie van de werknemers de doorslag tot dit gevolg?
- Hoe is het de (gecontinueerde) onderdelen van de onderneming vergaan?

- Welke onderdelen hebben het zwaarst geleden onder de financiële moeilijkheden?
- Zou achteraf – terugkijkend op het proces – voor een andere aanpak zijn gekozen?
- Hoe ziet de toekomst van de onderneming er uit?

THEMA 5: MOGELIJKE INVLOED ANDERE REGELGEVING

- Bent u op de hoogte van de veranderingen die de Wwz, WCO I en WCO II (al dan niet) meebrengen voor de positie van werknemers bij een reorganisatie?
- Had deze regelgeving in dit concrete geval kunnen leiden tot een andere uitkomst voor de onderneming?
- Had deze regelgeving in dit concrete geval kunnen leiden tot een andere uitkomst met betrekking tot (behoud van) werkgelegenheid?
- Los van de eerder genoemde regelgeving, welke veranderingen in de arbeids-rechtelijke positie van werkneme
- rs zouden in uw ogen bij kunnen dragen aan:
  - het eenvoudiger kunnen redden of doorstarten van bedrijven, en/of;
  - het verminderen van de nadelen van een faillissement voor de werknemers en de schuldeisers;
  - het risico op oneigenlijk gebruik van het faillissementsrecht?

ONDERNEMINGEN IN FINANCIËLE MOEILIJKHEDEN EN DE ARBEIDSRECHTELIJKE POSITIE VAN HUN WERKNEMERS

TOPICLIST – (Vertegenwoordiger) werknemers

THEMA 0: ACHTERGRONDINFORMATIE (PERSOON EN RELATIE TOT CASUSORGANISATIE)

- Wat is uw huidige functie?
- Hoe lang bent u al werkzaam bij uw huidige werkgever/organisatie?
- Wanneer bent u lid van de OR geworden?
- Hoe bent u als vakbondsbestuurder betrokken geraakt bij deze organisatie?

THEMA 1: AARD EN OMVANG VAN DE ORGANISATIE

- Wat is de naam van de organisatie?
- In welke sector ontplooit de organisatie haar economische activiteiten?
- welke producten en/of diensten biedt de organisatie aan?
- Hoeveel personen zijn (of waren) bij de organisatie werkzaam (evt. in FTE)?
- Kunt u de relatie beschrijven tussen de ondernemer en de or binnen deze organisatie?
- Hoe vaak heeft de OR gebruik gemaakt van haar rechten krachtens de WOR? (initiatiefrecht, recht op informatie, spreekrecht tijdens de ava)
- Zijn er aanvullende bevoegdheden aan de or gegeven bij CAO of schriftelijke overeenkomst?
- Hebben in de afgelopen tien jaren voorafgaand aan de recente financiële moeilijkheden belangrijke reorganisaties plaatsgevonden binnen de onderneming? denk hierbij aan fusies, overnames, het afstoten van bedrijfsonderdelen, een sanering van het personeelsbestand of het overschakelen op een "flexibele schil".
- Indien sprake is geweest van reorganisaties, heeft de ondernemer de OR en/of de vakbonden in gelegenheid gesteld advies te geven en zo ja, wat heeft de or toen geadviseerd?

THEMA 2: AARD EN OMVANG VAN DE FINANCIËLE PROBLEMEN VAN DE ONDERNEMING

- Hoe lang verkeert of verkeerde de organisatie in financiële problemen?
- Hoe werden de financiële problemen gesignaleerd en door wie?
- Wat is volgens u de belangrijkste oorzaak van de financiële problemen?

THEMA 3: BESLUITVORMING OMTRENT FINANCIËLE MOEILIJKHEDEN

- Kunt u beschrijven hoe het besluitvormingsproces er uit zag?
- Welke rol speelde u in dit proces?
- In welke mate is de or bij het besluitvormingsproces omtrent de financiële situatie betrokken?
- Welke maatregelen zijn overwogen om de onderneming uit de financiële problemen te krijgen toen de finanicële situatie problematisch werd?
  - hoe is geprobeerd de inkomsten te verhogen?
  - hoe is geprobeerd de kosten te verminderen?
- Is de OR in de gelegenheid gesteld gebruik te maken van haar advies- of instemmingsrecht?
- Is de vakbond betrokken in het besluitvormingsproces?
- Indien de OR bij het besluitvormingsproces betrokken is, waarom is juist voor deze maatregelen gekozen/welke overwegingen speelden hierbij een rol?
- Van wie kwam het intiatief voor de maatregelen?
- Welke stakeholders waren bij dit proces betrokken?
- Welke rol speelden zij binnen dit proces?
- Hoe lang heeft de voorbereiding van deze maatregelen geduurd?
- Wat leverden deze maatregelen op?
- Wat waren de kosten van deze maatregelen?
- Liep de onderneming tegen knelpunten aan en zo ja, welke?
- In welk tijdsbestek hebben deze maatregelen plaatsgevonden?
- Heeft de onderneming externe adviseurs ingeschakeld en zo ja, welke?
- Welke factoren hebben de keuze voor de maatregelen beïnvloed?
- Welke rol speelde (het behouden van) de werkgelegenheid tijdens het besluit-vormingsproces?
- Zijn knelpunten ervaren bij het redden van de onderneming en zo ja, welke?
- Welke rol speelde de bescherming van werknemers bij de besluitvorming omtrent de maatregelen die genomen moesten worden om de onderneming te redden?
- Levert de huidige arbeidsrechtelijke positie van werknemers een risico op oneigenlijk van het faillissementsrecht op? zo nee, waarom niet, zo ja, waarom en in welke mate?

THEMA 4: GEVOLGEN VOOR DE ONDERNEMING

- Wat hebben de maatregelen opgeleverd?
  - aantallen krimp in werkgelegenheid
  - kostenbesparing
  - verbetering liquiditeit/solvabiliteit?
- Welke consequenties hadden de maatregelen voor de onderneming?
- Welke consequenties hadden de maatregelen voor de werknemers in het bijzonder?
- Hoe is het de (gecontinueerde) onderdelen van de onderneming vergaan?
- Welke onderdelen hebben het zwaarst geleden onder de financiële moeilijkheden?
- Hoe ziet de toekomst van de onderneming er uit?

THEMA 5: MOGELIJKE INVLOED ANDERE REGELGEVING

- Bent u op de hoogte van de veranderingen die de Wwz, WCO I en WCO II (al dan niet) meebrengen voor de positie van werknemers bij een reorganisatie?
- Had deze regelgeving in dit concrete geval kunnen leiden tot een andere uitkomst voor de onderneming?
- Had deze regelgeving in dit concrete geval kunnen leiden tot een andere uitkomst met betrekking tot (behoud van) werkgelegenheid?
- Los van de eerder genoemde regelgeving, welke veranderingen in de arbeidsrechtelijke positie van werknemers zouden in uw ogen bij kunnen dragen aan:
  - het eenvoudiger kunnen redden of doorstarten van bedrijven, en/of;
  - het verminderen van de nadelen van een faillissement voor de werknemers en de schuldeisers;
  - het risico op oneigenlijk gebruik van het faillissementsrecht?

ONDERNEMINGEN IN FINANCIËLE MOEILIJKHEDEN EN DE ARBEIDSRECHTELIJKE POSITIE VAN HUN WERKNEMERS

TOPICLIST – (Advocaat van de) financier van de onderneming

THEMA 0: ACHTERGRONDINFORMATIE (persoon en relatie tot casusorganisatie)

- Wat is uw huidige functie?
- Hoe lang bent u al werkzaam bij uw huidige werkgever/organisatie?

THEMA 1: AARD EN OMVANG VAN DE ORGANISATIE

- Hoe lang was de organisatie al klant?
- Hoe intensief was het contact met deze klant?
- Hoe is de onderneming gefinanicierd?
- Hebben in de afgelopen tien jaren voorafgaand aan de recente financiële moeilijkheden belangrijke reorganisaties plaatsgevonden binnen de onderneming? denk hierbij aan fusies, overnames, het afstoten van bedrijfsonderdelen, een sanering van het personeelsbestand of het overschakelen op een "flexibele schil".

THEMA 2: AARD EN OMVANG VAN DE FINANCIËLE PROBLEMEN VAN DE ONDERNEMING

- Hoe lang verkeert of verkeerde de organisatie in financiële problemen?
- Hoe groot was de schuldenlast van de onderneming?
- Hoe werden de financiële problemen gesignaleerd en door wie?
- Wat is volgens u de belangrijkste oorzaak van de financiële problemen?
- Wanneer wordt een onderneming bij uw bank onder bijzonder beheer geplaatst, aan welke voorwaarden moet zijn voldaan?
- Is deze organisatie onder bijzonder beheer geplaatst en zo ja, wanneer?
- Welke consequenties heeft dit voor de onderneming?

THEMA 3: BESLUITVORMING OMTRENT FINANCIËLE MOEILIJKHEDEN

- Op welke manier raakte u betrokken bij de besluitvorming over financiële moeilijkheden?
- Kunt u beschrijven hoe het besluitvormingsproces er uit zag?
- Welke rol speelde u in dit proces?
- Was de onderneming – op het moment van het bij u bekend worden van de problematische financiële situatie – in uw ogen nog levensvatbaar?
- Was de financier bereid mee te werken aan een redding? zo ja, welke maatregelen had u dan voor ogen voor de onderneming en onder welke voorwaarden was uw bank bereid mee te werken?
- Welke maatregelen zijn uiteindelijk getroffen om de onderneming uit de financiële problemen te krijgen?

- Waarom is juist voor deze maatregelen gekozen/welke overwegingen speelden hierbij een rol?
- Van wie kwam het intiatief voor de maatregelen?
- Welke stakeholders waren bij dit proces betrokken?
- Welke rol speelden zij binnen dit proces?
- Hoe lang heeft de voorbereiding van deze maatregelen geduurd?
- Wat leverden deze maatregelen op?
- Wat waren de kosten van deze maatregelen?
- Liep de onderneming of de financier tegen knelpunten aan bij het treffen van de maatregelen en zo ja, welke?
- In welk tijdsbestek hebben deze maatregelen plaatsgevonden?
- Heeft de onderneming externe adviseurs ingeschakeld en zo ja, welke?
- Heeft de financier externe adviseurs ingeschakeld en zo ja, welke?
- Welke factoren hebben de keuze voor de maatregelen beïnvloed?
- Welke rol speelde (het behouden van) de werkgelegenheid tijdens het besluit-vormingsproces?
- Welke rol speelde de bescherming van werknemers bij de besluitvorming omtrent de maatregelen die genomen moesten worden om de onderneming te redden?

THEMA 4: GEVOLGEN VOOR DE ONDERNEMING

- Wat hebben de maatregelen opgeleverd?
    - verbetering liquiditeit/solvabiliteit?
- Welke consequenties hadden de maatregelen voor de onderneming?
- Welke consequenties hadden de maatregelen voor de werknemers in het bijzonder?
- Welke consequenties hadden de maatregelenvoor andere stakeholders, zoals aandeelhouders?
- Hoe is het de (gecontinueerde) onderdelen van de onderneming vergaan?
- Welke onderdelen hebben het zwaarst geleden onder de financiële moeilijkheden?
- Zou achteraf – terugkijkend op het proces – voor een andere aanpak zijn gekozen?
- Hoe ziet de toekomst van de onderneming er uit?

THEMA 5: MOGELIJKE INVLOED ANDERE REGELGEVING

- Bent u op de hoogte van de veranderingen die de Wwz, WCO I en WCO II (al dan niet) meebrengen voor de positie van werknemers bij een reorganisatie?
- Had deze regelgeving in dit concrete geval kunnen leiden tot een andere uitkomst voor de onderneming?
- Had deze regelgeving in dit concrete geval kunnen leiden tot een andere uitkomst met betrekking tot (behoud van) werkgelegenheid?
- Los van de eerder genoemde regelgeving, welke veranderingen in de arbeidsrechtelijke positie van werknemers zouden in uw ogen bij kunnen dragen aan:
    - het eenvoudiger kunnen redden of doorstarten van bedrijven, en/of;
    - het verminderen van de nadelen van een faillissement voor de werknemers en de schuldeisers;
    - het risico op oneigenlijk gebruik van het faillissementsrecht?

ONDERNEMINGEN IN FINANCIËLE MOEILIJKHEDEN EN DE ARBEIDSRECHTELIJKE POSITIE VAN HUN WERKNEMERS

TOPICLIST – Curator/bewindvoerder van de onderneming

THEMA 0: ACHTERGRONDINFORMATIE (persoon en relatie tot casusorganisatie)

- Wat is uw huidige functie?
- Hoe lang bent u al werkzaam bij uw huidige werkgever/organisatie?

THEMA 1: AARD EN OMVANG VAN DE ORGANISATIE

- Wat is de naam van de organisatie?
- In welke sector ontplooit de organisatie haar economische activiteiten?
- Welke producten en/of diensten biedt de organisatie aan?
- Hoe veel personen zijn (en/of waren) bij de organisatie werkzaam (evt. in fte)? onderscheid voor en na reorganisatie!
- Was er een personeelsvertegenwoordiging?
- Welke typen contracten werden gehanteerd?
- Hoeveel procent van de totale kosten bestaan of bestonden uit personeelskosten?
- Wat is/was de grootste kostenpost van de onderneming?
- Hoe is de onderneming gefinancierd?
- Hebben in de afgelopen tien jaren voorafgaand aan de recente financiële moeilijkheden belangrijke reorganisaties plaatsgevonden binnen de onderneming? denk hierbij aan fusies, overnames, het afstoten van bedrijfsonderdelen, een sanering van het personeelsbestand of het overschakelen op een "flexibele schil".

THEMA 2: AARD EN OMVANG VAN DE FINANCIËLE PROBLEMEN VAN DE ONDERNEMING

- Hoe lang verkeert of verkeerde de organisatie in financiële problemen/wanneer zijn deze ontstaan?
- Hoe groot was de schuldenlast van de onderneming bij aanvang van de stille bewindvoering/ten tijde van faillissement?
- Hoe werden de financiële problemen gesignaleerd en door wie?
- Wat is volgens u de belangrijkste oorzaak van de financiële problemen/welke conjuncturele of structurele oorzaken zijn aan te wijzen??

THEMA 3: BESLUITVORMING OMTRENT FINANCIËLE MOEILIJKHEDEN

ALGEMEEN:
- Kunt u beschrijven hoe het besluitvormingsproces er uit zag?
- Welke rol speelde u in dit proces?
- Welke rol speelde de arbeidsrechtelijke positie van de werknemers in dit proces?

HET PROCES IN AANLOOP NAAR DE AANVRAAG VAN DE PRE-PACK/DOORSTART:[38]

- Welke pogingen zijn ondernomen om de onderneming uit de financiële problemen te krijgen?
  - hoe is geprobeerd de inkomsten te verhogen?
  - hoe is geprobeerd de kosten te verminderen?
  - wat was hierbij de rol van de arbeidsrechtelijke positie van de werknemer?
- Welke maatregelen zijn overwogen om de onderneming uit de financiële problemen te krijgen toen de finanicële situatie problematisch werd?
- Welke rol speelde (het behouden van) de werkgelegenheid tijdens het besluit-vormingsproces?
  - speelde het afvloeiingstraject en de gepaard gaande kosten een rol?
- Levert de huidige arbeidsrechtelijke positie van werknemers een risico op oneigenlijk gebruik van het faillissementsrecht op? zo nee, waarom niet, zo ja, waarom en in welke mate?

PRE-PACK:

- Wanneer werd u benaderd om als stille bewindvoerder op te treden bij de onderneming?
- Wanneer bent u als stille bewindvoerder aangewezen?
- Was de onderneming – op het moment dat u werd aangewezen als stille bewindvoerder – in uw ogen nog levensvatbaar en zo ja, waarom?
- Waarom is voor de pre-pack gekozen? waren er wellicht nog alternatieven mogelijk?
- Hoe is de voorbereiding van de pre-pack in zijn werk gegaan?
- Hoe lang heeft deze voorbereiding in beslag genomen?
- Op basis van welke factoren werd besloten om met bepaalde partijen verder in onderhandeling te treden over de doorstart?
  - op basis van welke factoren is gekozen voor een van de biedingen?
  - hoe belangrijk was de arbeidsrechtelijke positie van werknemers om tot dit besluit te komen?
  - was de stille bewindvoering noodzakelijk voor het realiseren van een doorstart of had deze ook in faillissement kunnen worden gerealiseerd?
- Welke partij heeft de pre-pack gerealiseerd en was deze op enige wijze gelieerd aan de gefailleerde?
- Welke offers werden gebracht om de onderneming te redden?
- Liep u bij de voorbereiding van de pre-pack tegen knelpunten aan en zo ja, welke?
- In welke mate is de or bij het besluitvormingsproces van de pre-pack betrokken?
- Is de OR in de gelegenheid gesteld gebruik te maken van haar advies- of instemmingsrecht?
- Welke rol speelde (het behouden van) de werkgelegenheid tijdens het besluit-vormingsproces?
- Hoe is het aantal werknemers dat werd meegenomen in de pre-pack vastgesteld?
- Op welke manier zijn deze personen geselecteerd?

[38] Voor zover de curator/bewindvoerder hier zicht op heeft.

DOORSTART ZONDER PRE-PACK:

- Was de onderneming – op het moment dat u werd aangewezen als curator – in uw ogen nog levensvatbaar?
- Wanneer is de onderneming failliet verklaard en bent u aangewezen als curator?
- Hoe werd duidelijk dat een doorstart haalbaar zou zijn? op welke termijn was dit duidelijk?
- Hoe lang heeft het realiseren van de doorstart in beslag genomen?
- Liep u bij de doorstart tegen knelpunten aan en zo ja, welke?
- Welke partij heeft de doorstart gerealiseerd en was deze op enige wijze gelieerd aan de gefailleerde?
- Welke rol speelde (het behouden van) de werkgelegenheid tijdens het besluitvormingsproces?
- Hoe is het aantal werknemers dat werd meegenomen bij de doorstart vastgesteld?
- Op welke manier zijn deze personen geselecteerd?
- Had stille bewindvoering in deze casus tot meer waardebehoud kunnen leiden?

THEMA 4: GEVOLGEN VOOR DE ONDERNEMING

- Wat heeft de pre-pack/doorstart opgeleverd?
  - aantallen krimp in werkgelegenheid
  - kostenbesparing
  - verbetering liquiditeit/solvabiliteit?
- Welke consequenties hadden de maatregelen voor de onderneming/werknemers/-andere stakeholders?
- Zijn onderdelen van de onderneming afgestoten en zo ja, welke?
- In welke mate gaf de arbeidsrechtelijke positie van de werknemers de doorslag tot dit gevolg?
- Hoe is het de (gecontinueerde) onderdelen van de onderneming vergaan?
- Welke onderdelen hebben het zwaarst geleden onder de financiële moeilijkheden?
- Hoe ziet de toekomst van de onderneming er nu uit?

THEMA 5: MOGELIJKE INVLOED ANDERE REGELGEVING

- Bent u op de hoogte van de veranderingen die de Wwz, WCO I en WCO II (al dan niet) meebrengen voor de positie van werknemers bij een reorganisatie?
- Had deze regelgeving in dit concrete geval kunnen leiden tot een andere uitkomst voor de onderneming?
- Had deze regelgeving in dit concrete geval kunnen leiden tot een andere uitkomst met betrekking tot (behoud van) werkgelegenheid?
- Los van de eerder genoemde regelgeving, welke veranderingen in de arbeids-rechtelijke positie van werknemers zouden in uw ogen bij kunnen dragen aan:
  - het eenvoudiger kunnen redden of doorstarten van bedrijven, en/of;
  - het verminderen van de nadelen van een faillissement voor de werknemers en de schuldeisers;
  - het risico op oneigenlijk gebruik van het faillissementsrecht?